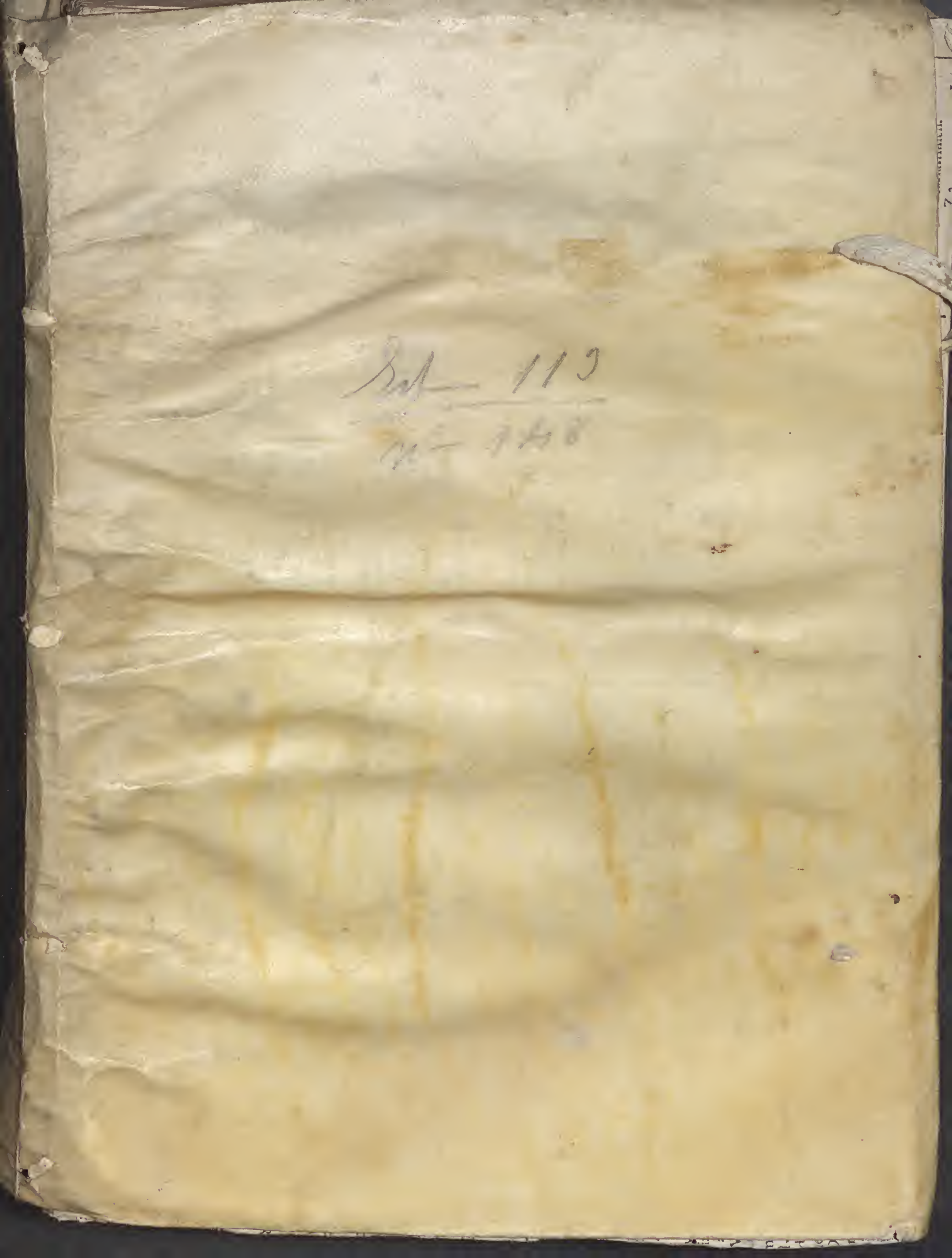

Sal — 113
n — 148

Los cinco Mysterios Dolorosos se rezan Martes, y Viernes, y la semana Santa; y son estos.

El primero. La Oracion del Huerto.

El segundo. Los azotes, que el Hijo de Dios padeciò atado à la Columna.

El tercero. La Corona de Espinas de el Hijo de Dios.

El quarto. La Cruz à cuestas.

El quinto. De como el Hijo de Dios fue crucificado.

Oracion, y Ofrecimiento para los cinco Mysterios Dolorosos de el Santissimo Rosario.

O MARIA Santisima! Mar de lagrimas, llena de amargura, y afliccion en la Passion de vuestro Amantissimo Hijo, que fue el cuchillo, que atravessò vuestra alma, y corazon: ofrez-

coos,

Advierta con mucho cuidado, si las confessiones, que desde que tiene obligacion de confessarse, hasta la que està haciendo, han sido bien hechas, guardando las circunstancias, que este Divino Sacramento pide. Si era mortal, y por algun temor vano no le decia, viviendo siempre con esse escrupulo. Si ha mentido en la Confession en cosa grave. Si llegò sin dolor, ni proposito de apartarse de la ocasion, en que estaba, y demàs pecados, porque si qualquiera cosa de estas ha havido, tiene obligacion à reiterar todas estas confessiones, desde aquella donde cometiò el sacrilegio, aunque haya veinte, ò treinta años, porque ninguna ha sido Confession. Y juntamente ha de acusarse las veces, que ha confessado, y comulgado desde entonces, hasta ahora; porque cometiò siempre dos sacrilegios: uno en la Confession, y otro, recibiendo aquel Pan de vida en pecado mortal.

Pe-

las trahen no morirìan de repente, ni de heridas. Si ha tenido pacto con el Demonio, implicito, ò explicito: si ha invocado al Demonio, advirtiendo lo que hacia para que le ayudasse, viendose en algun trabajo. Si tiene, ò ha leido libros, que tratan de esto, y no los ha dechado de sì. Si no siente bien de Dios, y de su Divina Providencia: si ha desesperado de su misericordia: si ha desesperado de su salvacion, creyendo obstinadamente, que no se puede emendar, por, su mucha costumbre de pecar. Si ha dicho algunas blasfemias de Dios ò de sus Santos, como pesia, reniego, por vida, no creo, ò descreo. Si se indignò contra Dios, ò murmurò de su Providencia, por los trabajos que le envia, deseandose la muerte con este despecho, y no agradeciendole la vida, que le dà. Si ha tentado à Dios, queriendo milagros, ò revelaciones, por curiosi-

LOS MYSTERIOS DE EL Rosario, son quince, cinco Go[...] cinco Dolorosos, y cinco Gloriosos.

A cada Mysterio se reza un Padre[...]tro, diez Ave Marias, y u[...] Gloria Patri.

Los Mysterios Gozosos se reza L[...] Jueves, y las visperas, y dias[...] dichos Misterios, y son estos.

El primero: la Encarnacion de [...] de Dios.

El segundo: La Visitacion de N[...]

El tercero: El Nacimiento de el [...] Dios.

El quarto: La Purificacion de [...] Señora, y Presentacion de su [...] el Templo.

El quinto: El Niño JESUS per[...] hallado en el Templo.

[...]sta tercera parte de el Rosario, à [...]o Mysterios Gloriosos, que Vos, [...]sima Señora, tuvisteis.

[...]*ro.* Quando visteis resucitado à [...]o Amantissimo Hijo.

[...]*do.* Quando glorioso, y triumphante [...]e visteis subir al Cielo.

[...]*ro.* Quando vino el Espiritu Santo [...]lenguas de fuego, sobre Vos, y [...] todo el Colegio Apostolico.

[...]*to.* Quando Vos, Señora, morist[...]n dolor, y fuisteis resucitada, y [...]a en Cuerpo, y Alma à las mora[...] celestiales, y ensalzada sobre los [...]os de los Angeles.

[...]*to.* Quando fuisteis coronada por [...]ntissima Trinidad por Reyna de [...]cielo y de la tierra, y recibisteis [...]tros grandes mereci-

ceis del Señor el gozo de la buena cõciencia, y que resucite à nueva vida, aborreciendo la vanidad, locura de el Mundo, y que me dè su Divino amor, y gracia en grande aumento, y perseverancia, hasta la fin, y despues su eterna Gloria. Amen.

Y rogad tambien Misericordiosa Señora, por todas necessidades de la Iglesia, por las Animas de el Purgatorio, por los que estàn en pecado mortal, y por todos los afligidos, enfermos, cautivos, encarcelados, necessitados, y pobres: por todos los quales ofrezco este Rosario, y por mis Padres, parientes, bien-hechores, amigos, y enemigos, para que todos, por la infinita misericordia de el Señor, y vuestros merecimientos, y ruegos, le gozèmos

nero de los pecados, ò qualquier olvido, como no sea culpable, no quita el valor à la Confession; porque los pecados, aunque sean mortales, olvidados, quedan perdonados de la misma manera como confessados; solo queda obligacion de confessarlos en otra ocasion, quando se acordare, que se quedaron por confessar.

Tambien advierta, que no tiene obligacion à confessar el numero de las mugeres, ni las personas à quien hurtò, basta decir: Acuseme, que he cometido tantas fornicaciones con mugeres solteras, tantos adulterios, tantos hurtos, y no decir à tantas personas.

El que peca de costumbre, ò està de asiento en algun pecado, ò pecados, como amancebados ò enemistades largas, y

coos, Señora, humilmente esta segunda parte del Rosario, à los cinco Mysterios Dolorosos de la Passion, y Muerte de mi Señor Jesu-Christo.

El primero Quando orando al Eterno Padre con grande agonia en el Huerto, sudò con abundancia gotas de Sangre.

El segundo. Quando por mis pecados fue desnudo, y atado fuertemente à la Columna, y cruelissimamente azotado, sufriendo cinco mil azotes.

El tercero. Quando con mui grande crueldad le pusieron una Corona de espinas de juncos marinos, que traspassaron su sagrado celebro.

El quarto. Quando le visteis, Señora, con la mui pesada Cruz acuestas, ir[...] Monte Calvario, para morir por todos.

El quinto. Quando le visteis crucifi[...] [...] mofado de

Yndice

y Ofrecimiento para los cinco
ios Gozoſos del Santiſsimo
Roſario.

arecida, y Celeſtial Reyna de
Angeles, MARIA Santiſsima:
Dios, y Señora nueſtra: yo,
y miſerable pecador, os ofrez
imera parte de vueſtro Santo
à los cinco Myſterios Gozo-
Vos. Benditiſsima Señora, tu-

nero: Quan- fuiſteis ſaludada
, y dando aque- tan deſeado
de el Eſpiritu Santo concebiſ-
eſtras puriſsimas Entra- el
Dios.
ndo: Quando fuiſteis, Señora,
Santa Iſabel, y fuiſteis cono-
rada por Madre de Dios y San
ificado.

cada uno merecia el Infierno, por tantos, què ſeri? Y en teſtimonio del verdadero propoſito de la emienda, ſalga luego de las ocaſiones de pecados: aparteſe de amigos, y amiſtades, que le llevan à eſſo: reſtituya lo mal tenido, aſsi de hacienda, como de honra: perdone injurias: haga ſu examen, guardando la forma ſiguiente.

Primer Mandamiento.

PRimeramente, ſi ha negado, ò dudado pertinazmente en alguna coſa de nueſtra Santa Fè, pronunciandolo con la boca, ò con el corazon. Si ha creido en ſueños, ò en agueros. Si conſultò, ò enſeñò coſas ſuperſticioſas, como echar ſuertes con habas, ò naipes, creyendo, que lo que ſaliere es verdad. ſi trahe conſigo nominas, anillos, ò ſi ... ſuperſticioſas, creyendo, que los q̃

Pero ſi ſe hallare haverſe confeſſado bien ſiempre, y para mejor ſeguridad de ſu conciencia, quiſiere volver ſobre todas las confeſsiones, y pecados, volviendolos à llorar de nuevo con una Cõfeſsion general; con lo qual le ſuplirà la falta, y faltas, que puede haver tenido en el diſcurſo de el tiempo, que ſe confieſſa; como quando era niño, alguna falta de dolor: y quando era grande, algunas ignorancias, ò negligencias: aſſegurarà con eſto la conciencia, ſe librarà de muchos eſcrupulos, y ſerà mui grato à los ojos de Dios.

Lo que mas ha de procurar, es, moverſe à dolor, contricion de ſus pecados, y à tener un propoſito firme de nunca mas pecar, por ſer Dios quien es, y por lo mucho que debe ſer ſervido, porque le ama ſobre todas las coſas.

Conſidere la gravedad de los pecados, la multitud de ellos; y que ſi por cada

El tercero: Quando pariſte con ſingular gozo al Hijo de Dios, quedando ſiempre Uirgen.

El quarto: Quando le ofreciſteis al Templo, en manos de Simeon, el qual, conociendole, y adorandole por Dios, y Hombre verdadero, os prophetizò ſu Paſsion, y Muerte.

El quinto: Quando le hallaſteis en el Templo, en medio de los Doctores, deſpues de los tres dias, que le haviſteis perdido. Por eſtos Myſterios Gozoſos, Santiſsima Virgen, y Madre de Dios, os ſuplico humilmente me ſeais dulciſsima Interceſſora, y Avogada con vueſtro Amantiſsimo Hijo, alcanzandome humildad profunda, Fè viva, y Eſperanza continua, y Charidad perfecta, paciencia en los trabajos, y muy prompta obediencia à todo lo que ſu Mageſtad fuere ſervido, con aumento, y perſeverancia, y deſpues la eterna Gloria. Amen.

y por todo lo que Vos, Señora, ſentiſteis en la Paſsion, y Muerte de vueſtro Amantiſsimo Hijo: os ſuplico humilmente, le rogeis, que por ſu infinita miſericordia, y por todo lo que por mi padeciò, y por vueſtros grandes merecimientos, me dè gracia, que eſtè yo ſiempre crucificado con ſu Divina Mageſtad, con los tres clavos firmes de Fè, Eſperanza, y Charidad, y que tenga paciencia en los trabajos, humildad, obediencia, prudencia, augmento, y perſeverancia en toda la vida, al fin la Gloria eterna.

Amen.

de ſu pecado, de la manera, que mejor pudiere: y para eſto dexeſſe guiar de el Confeſſor docto, que para eſto debe eſcoger; y advierta, que en la Confeſsion no ha de añadir, ni quitar, ſino llanamente como paſsò.

Y ſi por ſu poca memoria, ò perplexidad, rudeza, ò eſcrupulo, no pudiere decir el numero de los pecados, no ſe acongoxe, ni aflija, ni ſe quiebre la cabeza: ſoſsieguefe, y vuelva ſobre sì, y mire la coſtumbre, que ha tenido en cometer eſtos pecados, cotejando un dia con otro, un mes con otro, y el numero ajuſtado, que ſe le ofreciere, poco mas, ò menos eſſe diga: y aunque deſpues ſe le acuerden quatro, ò ſeis pecados de la miſma eſpecie, no tendrà obligacion de confeſſarlos: porque debaxo de aquel numero fueron comprehendidos.

Sepa, que qualquier yerro en el numero

CONFESSONARIO
General, para hacer una
Confeſsion bien
hecha.

COMPUESTO POR EL PADRE JUAN Euſebio Nieremberg, de la Compañia de JESUS.

LEaſe con atencion todo el Interrogatorio; y vayaſe con cuydado, que ſe ha de examinar en todo de penſamientos, palabras, y obras. Ha de decir el numero de las eſpecies, y circunſtancias, ſin nombre de perſonas, ni Comunidades, baſta decir un Religioſo, ſin decir de tal Religion; y lo miſmo guardarà en declarar el complice de

Los cinco Myſterios Glorioſos
Miercoles, Sabado, Domingo,
Viſperas, y dia de ſtos Myſter
y ſon eſtos
El primero. La glorioſa Reſurrec
Hijo de Dios.
El ſegundo. Su admirable Aſcen
El tercero. La venida del Eſpiri
El quarto. La Aſſumpcion de
Señora.
El quinto. Su Coronacion por R
todo lo criado

Oracion, y Ofrecimiento ...
Myſterio ...

O MA
An
gria, y
y miſerabl
...ios de los Ang
... Quando fuiſte
... Trinidad, por
... cielos, y de la Tierra, y
... mio de vueſtros grandes
... Suplicamos

Los cinco Mysterios Dolorosos se rezan Martes, y Viernes, y la semana Santa; y son estos.

El primero. La Oracion del Huerto.

El segundo. Los azotes, que el Hijo de Dios padeciò atado à la Columna.

El tercero. La Corona de Espinas de el Hijo de Dios.

El quarto. La Cruz à cuestas.

El quinto. De como el Hijo de Dios fue crucificado.

Oracion, y ofrecimiento para los cinco Mysterios Dolorosos de el Santissimo Rosario.

O MARIA Santissima! Mar de lagrimas, llena de amargura, y afficcion en la Passion de vuestro Amantissimo Hijo, que fue el cuchillo, que atravesso vuestra alma y corazon: ofrez-

coos, Señora, humilmente esta segunda parte del Rosario, à los cinco Mysterios Dolorosos de la Passion, y Muerte de mi Señor Jesu-Christo.

El primero Quando orando al Eterno Padre con grande agonia en el Huerto: sudò con abundancia gotas de Sangre.

El segundo. Quando por mis pecados fue desnudo, y atado fuertemente à la Columna, y cruelissimamente azotado, sufriendo cinco mil azotes.

El tercero. Quando con mui grande crueldad le pusieron una Corona de espinas de juncos marinos, que traspassaron su sagrado cerebro.

El quarto. Quando le visteis, Señora, con la mui pesada Cruz acuestas, ir al Monte Calvario, para morir por todos.

El quinto. Quando le visteis crucificado en la Cruz, desnudo, mesado de todos, y puesto entre dos Ladrones. Por estos cinco Mysterios Dolorosos,

ceis del Señor el gozo de la buena cõciencia, y que resucite à nueva vida, aborreciendo la vanidad, locura de el Mundo, y que me dè su Divino amor, y gracia en grande aumento, y perseverancia, hasta la fin, y despues su eterna Gloria. Amen.

Y rogad tambien Misericordiosa Señora, por todas necessidades de la Iglesia, por las Animas de el Purgatorio, por los que estàn en pecado mortal, y por todos los affligidos, enfermos, cautivos, encarcelados, necessitados, y pobres: por todos los quales ofrezco este Rosario, y por mis Padres, parientes, bien-hechores, amigos, y enemigos, para que todos, por la infinita misericordia de el Señor, y vuestros merecimientos, y ruegos, le gozèmos en su eterna Gloria.

Amen.

* * *

mero de los pecados, ò qualquier olvido como no sea culpable, no quita el valor à la Confession; porque los pecados, aunque sean mortales, olvidados, quedan perdonados de la misma manera como confessados; solo queda obligacion de confessarlos en otra ocasion, quando se acordare, que se quedaron por confessar.

Tambien advierta, que no tiene obligacion à confessar el numero de las mugeres, ni las personas à quien hurtò, bastarà decir: Acusome, que he cometido tantas fornicaciones con mugeres solteras, tantos adulterios, tantos hurtos, y no decir à tantas personas.

El que peca de costumbre, ò està de assiento en algun pecado, ò pecados, como amancebados ò enemistades largas, y por mucho tiempo, diga el tiẽpo, q̃ por ahi se conocerà el estado de su alma, y el peligro que ha tenido de su salvacion.

Advierta con mucho cuidado, si las confessiones, que desde que tiene obligacion de confessarse, hasta la que està haciendo, han sido bien hechas, guardando las circunstancias, que este Divino Sacramento pide. Si era mortal, y por algun temor vano no le decia, vi viendo siempre con esse escrupulo. Si ha mentido en la Confession en cosa grave. Si llegò sin dolor, ni proposito de apartarse de la ocasion, en que estaba, y demàs pecados, porque si qualquiera cosa de estas ha havido, tiene obligacion à reiterar todas estas confessiones, desde aquella donde cometiò el sacrilegio, aunque haya veinte, ò treinta años, porque ninguna ha sido Confession. Y juntamente ha de acusarse las veces, que ha confessado, y comulgado desde entonces, hasta ahora; porque cometiò siempre dos sacrilegios: uno en la Cofession y otro, recibiendo aquel Pan de vi…

las trahen no morirán de repente, ni de heridas. Si ha tenido pacto con el Demonio, implicito, ò explicito: si ha invocado al Demonio, advirtiendo lo que hacia para que le ayudasse, viendose en algun trabajo. Si tiene, ò ha leido libros, que tratan de esto, y no los ha desechado de sì. Si no siente bien de Dios, y de su Divina Providencia: si ha desesperado de su misericordia: si ha desesperado de su salvacion, creyendo obstinadamente, que no le puede emendar, por, su mucha costumbre de pecar. Si ha dicho algunas blasfemias de Dios ò de sus Santos, como pesia, reniego, por vida, no creo, ò descreo. Si se indignò contra Dios, ò murmurò de su Providencia, por los trabajos que le envia, deseandose la muerte con este despecho, y no agradeciendole la vida, que le dà. Si ha tentado a Dios, queriendo milagros, ò revelaciones, p…

… tercera parte de el Rosario, à … Mysterios Gloriosos, que Vos, … ma Señora, tuvisteis.

… Quando visteis resucitado à … Amantissimo Hijo.

… Quando glorioso, y triumfante visteis subir al Cielo.

… Quando vino el Espiritu San… … nguas de fuego, sobre Vos, y … odo el Colegio Apostolico.

… Quando Vos, Señora, moris… dolor, y fuisteis resucitada, y en Cuerpo, y Alma à las mora… celestiales, y ensalzada sobre los … coronada por … Reyna de … ecibisteis … s mereci… … mente, Ben… la Virgen, y Madre de Dios, por … Mysterios Gloriosos, me alcan…

LOS MYSTERIOS DE E… Rosario, son quince, cinco … cinco Dolorosos, y ci… Gloriosos.

A cada Mysterio se reza un P… tro, diez Ave Marias, … Gloria Patri.

Los Mysterios Gozosos se rez… Jueves, y las visperas, y … dichos Misterios, y … son estos.

El primero: la Encarnacion … de Dios.

El segundo: … la Visitacion de …

El ter… : El Nacimiento de … Dios.

El quarto: La Purificacion … Señora, y Presentacion de … el Templo.

El quinto: El Niño JESUS … hallado en el Templo.

1. Iò principio à el pleyto el pedimento de Don Gaspar de Arroyo de 9. de Diziembre del passado de 689. en que presentó la escritura otorgada à su favor en 28. de Março de 688. por Don Alfonso Martin del Campo como principal, y Don Christoval Martin del Campo, y D.Francisco Marti sus fiadores, y obligados todos de mancomun á la paga de 2U800.pesos dentro de vn año de la fecha de la escritura, por tantos, que confessó el principal aver recibido de contado de D.Gaspar de Arroyo.

2. Pidió, y obtuvo en virtud del instrumento mandamiento de execucion contra los obligados; y estando los autos en estado de citacion de remate, se suspendieron hasta que aviendo buelto los vltimos Galeones, que vinieron del cargo del General Marquès del Vado del Maestre, pidiò Don Gaspar de Arroyo, que se citasse de remate à Don Francisco Marti.

3. Opuso este à la execucion tres excepciones: La primera de vsuras, por los premios de doze por ciento, que se pactaron entre el acreedor, y el deudor principal al tiempo de la celebracion del mutuo, incluyendose en los 2U800. pesos de la escritura, trecientos pesos, que se cargaron por las vsuras del primero año, que se le concediò a el deudor por plazo, y dilacion de la paga.

4. La segunda, de novacion, por la que causó el nuevo ajuste, que hizo al tiempo de la propartida de los Galeones Don Gaspar de Arroyo con Alfonso Martin del Campo, y

...su nombre con Christoval Martin del Campo su her-

...o, en que se destinò la paga de la escritura en los Rey-

...las Indias, y se pactò, que avia de correr el riesgo

...n Gaspar de Arroyo; por lo qual se cargaron

...vios de veinte y dos por ciento, que avia de

...Martin del Campo.

...de paga de la deuda, y chancelacion de

...800. pesos por la carta de pago, y

chan-

chancelacion, que otorgò en San Felipe de Portovelo D. Juan de Aduain, en virtud de poder de Don Gaspar de Arroyo, á favor del deudor principal.

6. De cuyas tres excepciones se discurrirá en este papel dividiendolo en tres puntos, y acordando en cada vno el hecho, que corresponde à cada excepcion, para que tengan aplicacion los fundamentos de derecho.

PRIMERO PVNTO.

De la excepcion de vsuras.

7. NO se controvierte en el hecho; porque se confiessa por D. Gaspar de Arroyo, que fueron solo 2U500. pesos los que prestó realmente á Alfonso Martin del Campo, aunque se cargaron trecientos pesos mas en la escritura, suponiendose capital, ò suerte principal del mutuo por los premios de doze por ciento del año, que se concedió para la demora de la paga. Tampoco se duda, que desde el dia 28. de Março de 688. en que se otorgó la escritura de los 2U800. pesos, fue cobrando Don Gaspar de Arroyo los premios á razon de veinte y cinco pesos cada mes, que corresponden à el doze por ciento de 2U500. pesos, y que los cobrò con efecto hasta fin de Enero del año de 690. que dichos premios importan 550. pesos.

8. Tambien es constante, que daba recibos de los premios D. Gaspar de Arroyo por cuenta de mayor cantidad, que se le debia, sin hazer mension en ellos de la escritura (porque siempre quedasse en ser la suerte principal del mutuo, y los trecientos pesos de los premios, que venian á servir de resguardo, y seguridad de los que se avian de pag en adelante) y que respecto de no poderle pagar el pr pal deudor, sino es en los Reynos de las Indias, se c nuevamente viente y dos por ciento, para cuv hizo vale Alfonso Martin del Campo de con los 300. cargados en la escritura, los veinte y dos por ciento de la nue

cho todo resulta justificado de el contexto de las tres declaraciones hechas en el pleyto por Don Gaspar de Arroyo.

9. Con que se halla justificada la excepcion de vsura con la mejor, y mas segura prueba, que es la confession de la parte. *L. Si confessus* 5.*ff. de cust. reor. l. Vnica.* cum vulgatis, *C. de confessis. l.8. tit.* 14. *part.*3. Y para la via executiva, *l.* 2. *tit.* 21. *lib.*4. *Recop.* y en lo individuo de que la confession judicial, no solo prueba la vsura, vt cumque; sino con la calidad de manifiesta, y notoria: *Glosa in cap.* 1. verb. *Manifestos. In principio de vsur. in* 6. D.Cavar. *lib.*3. *variar. cap.*3. *num.*4. vers. *Est enim.* Ceval. *com. contra com. quæst.* 11. *num.* 1. Iulio Claro *lib.* 5. *sent.* §. *fin. quæst.*9. vers. *Item ille.* Menoch. *lib.* 2. *de arb. centuria.*2. *cas.*235. *num.* 20. D. Emman. Gonç. *in Decret.* ad text. *in cap. Quia in omnibus.* 3. *de vsur. num.* 1. Gutier. *Canon. quæst. lib.* 2. *cap.* 19. *num.* 11. cum text. *in cap. vltim. de cohavit Cler. cap. Cum olim. de verb. sig.* Y aunque disputan los Autores citados, si para la aposicion de las penas del *cap. Quamquam de vsur. in 6.* se debe tener por manifiesto vsurario el que confessó el contrato de la vsura en juzio, ò se requiere, quod palam, & publice vsuram exerceat; pero ninguno duda, que para que se diga, y tenga manifiestamente por contrato vsurario in specie, basta la confession judicial de aquella especie sola de vsura. Gutier. vbi suprà *num.* 18.

10. Ni deberà constituirse alguna razon de diferencia entre los casos de oponerse, y probarse esta excepcion en la via executiva antes, ò despues de los diez dias de la ley: quia vtcumque, siendo su prueba la confession judicial de el executado, se admite antes del remate, & plenè probat contra confitentem; porque cessa la razon final de la *l.* 2. *tit.* 21. *lib.*4. ibi: *Salvo si dentro de diez dias mostrare la tal paga, y legitima excepcion sin alongamiento de malicia:* Pues ni se difiere la execucion, ni se arguye la malicia del executado del breve espacio de tiempo, que ocupa esta especie de prueba, vt latè fundat, & probat Gutier. *lib.* 1. *pract. quæst.*117. improbando la opinion de Avendaño *in cap.* 16. *Prætorum. n.*2. *&* 3.

& *resp.* 18. qui contrarium tentavit defendere, olvidado de la disposicion expressa de la *l. 72. tit. 4. lib. 3. Recop.* in illis verbis: *Y mandamos, que en qualquiera tiempo, que el executado pidiere, que el acreedor jure de calumnia, aunque sean passados los diez dias, los dichos Alcaldes lo compelan à ello, con tanto, que sea antes del remate:* Con que queda la materia indigna de duda, pues fuera irracional permitir la ley de el Reyno la dilacion de la declaracion del actor, passados los diez dias de la ley, y quitarle el efecto precisso de que aproveche la prueba que produce; & ita contra Avend. tenet Azev. *in dict. l. 2. tit. 21. lib. 4. num. 13. &* 17. Rod. Suar. *in l. Post rem iudicatam.* vers. *Sed pulcrum dubium.* Dieg. Per. *in l. 5. tit. 8. lib. 3. Ordin.* vers. *Sic igitur.* & comm. D.D. & ita practicatur ad inquirendam veritatem, omissis vanis iuris supersticionibus.

11. Y aun en la circunstancia individual de ser la excepcion opuesta por vn fiador, y de vn contrato oculto de vsuras pactadas entre acreedor, y deudor principal, corre la materia mas imcapaz de duda; pues tuvo el fiador justa causa de ignorar este hecho, hasta que lo sucitaron las mismas declaraciones del Reo executado; y sin duda es este el fundamento de la doctrina singular de Hering. *de fideius. cap.* 29. *num.* 52. que con Carrocio *decis.* 133. *n.* 12. assienta, que no se sujeta esta excepcion de vsuras opuesta por el fiador, à guardar el termino prefinido por el estatuto, para oponer las excepciones, ò peremptorias, ò dilatorias: *Sed intra tempus iudici arbitrarium opponi debere.* Sed in re tam apperta non immoremur.

12. Numéro literalmente esta excepcion la ley de el Reyno 1. *tit.* 21. *lib.* 4. *Recop.* entre las legitimas de la via executiva, no permitiendo executar instrumento, ò contrato de aparejada execucion, à quien se opusiesse, y probasse la excepcion de vsura: Dispuso tambien la ley 1. *del tit. de las vsuras. 6. lib. 8. Recop. Que no se juzguen, ni entrieguen ningunas cartas, ni contratos de logro de aqui adelante*; y la 2. del mismo tit. dixo: *Defendemos, que ninguno, ni Juez, Alcalde, Merino, ò Alguazil, ni Portero, Ballestero, que no haga, ni sea osado*

osado de hazer entriega, ni execucion por las tales obligaciones, ni contratos. Condenò tambien la *l.* 4. *&* 5. *del mismo tit.* 6. *lib.* 8. à los que celebran los contratos de vsura en la amission de la suerte principal del mutuo, y en la pena de otro tanto, creciendo esta conforme la repeticion de los actos en que se exercitaban las vsuras: y vltimamente amonestò, y apercibiò la *l.* 29. *tit.* 4. *lib.* 3. *Recop.* la diligencia, y cuydado de no permitir estos contratos ilicitos, y que se executan en fraude de vsuras, constituyendolo por especial cargo de residencia.

13. Con esta severidad miraron las leyes del Reyno los contratos en que se pactaban las vsuras, y la execucion de sus instrumentos, siguiendo, y ayudando la prohibicion, que tenian por todos derechos: el Divino ex cap. 23. *Deuter. Non fœnerabis fratri tuo.* Cap. 22. *del Exod. Non vrgebis eum quasi exactor, nec vsuris opprimes.* Cap. 25. *del Levit. Pecuniam tuam non dabis ad vsuram.* David *Psal.* 14. *Qui pecuniam suam non dedit ad vsuram, & munera super innocentem non accepit.* Ecclesiast. cap. 29. & Lucæ cap. 6. *Benefacite mutuũ dantes, nihil inde sperantes:* Et alijs in locis. Por derecho natural; porque ofenden directamente la primera regla, que imprime la naturaleza en la razon: *Quod tibi fieri non vis, alteri ne facias*; à la qual llamò derecho natural Grat. in princ. *Decret. dist.* 1. & eam adeò dilexit Alex. Severus: *Vt eam haberet prò foribus scriptam, quasi totius vitæ, & politiæ normam, & eam veluti naturalem regulam passim ore proprio pronunciabat,* como escrive Pedro Mexia in eius vita *cap.* 2. *col.* 3. & inde est: *Quod apud plurimos populos, gentes, & regna, quantumvis lumen æternæ veritatis non accepissent; fœneratitia pravitas improvata, & prohibita reperitur.* Alex. ab Alex. *lib.* 1. *dier. genial. cap.* 7. vbi Tiraq. Pedro Greg. *lib.* 22. *sintagm. cap.* 3. & ex his transcribit Math. *de re. crim. controv.* 40. *n.* 17. Y con acervidad el derecho Canonico en los titulos de las Decretales, Decretos, y Clemẽtinas *de vsuris*, pues provocada su blandura del odio de los vsurarios impuso las riguросas, y justas penas del cap. *Quia in omnibus.* 3. *de vsur. cap. Quamquam de vsur. in* 6. vt omnia com-

comprobantur ex fusse congestis à Beyerlinch *in suo Theat. vitæ hum.* in verb. *Vsura*. Sanct. August. *de Civit. Dei. lib.* 19. *cap.* 4. Fragoso *de regim. Reip. part.* 1. *disp.* 4. *à n.* 286. doctus Leotar. *de vsur. quæst.* 2. D. Emman. Gonç. *in dict. cap. Quia in omnibus*. Gasp. Rodrig. *de ann. red. quæst.* 4. *per tot.* & D. Ioann. Solorç. *tom.* 2. *de iur. Ind. lib.* 1. *cap.* 14. *num.* 112.

14. Con cuyas disposiciones de derecho Canonico, y Real, quedaron abrogadas, y borradas las del derecho Civil, que toleraron (no permitieron vt recte notat Ant. Fab. *in suo C. lib.* 4. *tit.* 24. *difinit.* 36. *num.* 5.) las vsuras en el mutuo con la moderacion, y tassa, q̃ se refiere en la Constitucion de Justiniano *in l. eos* 26. *per tot. C. de vsur.* quedando ya con igual prohibicion qualquiera superabundancia, licet in vno nummo, de la suerte principal. *Cap. Consuluit. cap. Super eo. de vsur.* Clem. *Vnic.* §. *fin. eod.* Leotar. *de vsur. quæst.* 3. *&* 7. *num* 43. Rodrig. *de red. quæst.* 4. *lib.* 3. *n.* 117. Y aun qualquiera gratificacion, ò remuneracion pactada: *Cuiuscumque muneris, sive à lingua, sive à manu, sive ab absequio procedat*, vt tradit Molin. *de iust. & iur. tract.* 2. *disp.* 310. Gutier. *de delict. quæst.* 88. *num.* 5. & Math. *de re. crim. controver.* 40. *n.* 87.

15. Infieren desta prohibicion del contrato ilicito de la vsura, y de las expressas disposiciones de las leyes del Reyno citadas *num.* 12. comunmente los Autores la conclusion, fundamento de nuestra defensa, de que opuesta en el juizio executivo la excepicion de vsura, y justificada con probança regular, no debe executarse el instrumento en que se pactò, y contuvo expressa, ò tacitamente. Azev. *in dict. l.* 1. *tit.* 21. *lib.* 4. *& l.* 1. *tit.* 6. *lib.* 8. *Recop.* vbi ita intelligit illa verba: *no juzguen, ni entrieguen ningunas cartas, ni contratos*, Gutier. *de Iuram. confirm. part.* 1. *cap.* 2. *à num.* 11. 22. *&* 30. *& lib.* 2. *Canon. quæst. cap.* 18. *num.* 10. Avil. *in cap.* 50. *Prætor.* Gloss. *vsuras num.* 5. Rodrig. *de ann. red. lib.* 1. *quæst.* 16. *à n.* 5. *& lib.* 2. *quæst.* 8. *per totam. &* præcipue *num.* 9. *& lib.* 3. *quæst.* 4. *num.* 122. Gayt. *de cred. cap.* 2. *tit.* 7. *à num.* 2498. Ped. Barb. *in l. Titia* 35. *ff. solut. mat. num.* 48. Surd. *cons.* 327. Bobad. *Polit. lib.* 2. *cap.* 19. *num.* 8.

Iul.

Iul. Cap. *tom. 5. discept. 400. num. 4.* Amat. *var. resolut. part. 1. resolut. 36. à num. 12.* Y hablando del Estatuto de Mantua Ciriac. *tom. 2. controv. 260. à num. 1.* y del Estatuto de Cataluña Cancer. *lib. 2. var. cap. 3. num. 41. & 42. circa fin.* y de las Constituciones del Imperio, imperante Maximiliano I. & nostro Invictissimo Rege Carolo V. latè Andr. Gail. *observat. lib. 2. observ. 4. & 5.* & etiam circa nullitatem contractus, in quo adest vsura, conducit D. Covar. *lib. 3. var. cap. 3. num. 3.* vers. *Sed ad huius quæstionis*, & circa amissionem sortis principalis Leotar. *de vsur. quæst. 7. num. 26.*

16. Sed occurrit in limine difficultas por la diferencia, que excita Leotardo *dict. quæst. 7.* entre las convenciones ilicitas, y prohibidas, absolute, & simpliciter ex eo, quod contra leges, & bonos mores fiunt, vel per metum, & dolum extorquuntur de las convenciones, y contratos feneraticios; las primeras, dize, que son omnino irritas, y nulas. *§. Quod turpi Inst. de inutil stipulat. l. 5.* cum vulg. *C. ob turpem causam.* Pero los contratos en q̃ se contiene la vsura, quamvis sint species iniustæ, & illicitæ conventionis; *cap. 5. de empt. & vendit. cap. Quoniam. 14. quæst. 4.* no son omnino irritos, y nulos; porque como depende lo ilicito de estos de la desigualdad, é injusticia con que quedan los dos contrayentes, vno con el logro de recibir mas de lo que presta, y otro con el daño de pagar mas de lo que recibe, se enmienda, y corrige esta iniquidad con que entre en cuenta de la suerte principal del mutuo, lo que se cargó mas en la escritura, ó se pagò por premios de la suerte principal; pero quedarà el deudor verè, & efficaciter obligatus ex mutuo ad restitutionem sortis, irritandose solamente la estipulacion, ò pacto ilicito, ne vtile per inutile vitietur. *l. 1. §. Sed si mihi. ff. de verb. obligat. l. Placuit. de vsur.* Ita Leotardus.

17. Y para comprobacion de su doctrina facit text. *in l. Si non sortem. 26. ff. de condit. indeb.* ibi: *Sed si supra legitimum modum solvit Divus Severus scripsit (quo iure vtimur) repeti quidem non posse, sed sorti imputandum, & si postea*

sortem

ſortem ſolvit, ſortem quaſi indevitam repeti poſſe. l. eos. §. Si quis autem. C. de vſur. ibi: *Sed ſi acceperit, in ſortem hoc computare compelletur.* Bart. *in l. Si non ſortem,* vbi ita, inquit, *practicari quotidie contra vſurarios.* Paul. de Caſt. *ibid. num.* 1. Alex. *lib.* 3. *conſ.* 80. *num.* 11. quem refert, & ſequitur Grat. *diſcept. Foren. tom.* 5. *cap.* 911. *num.* 13. y con ambos el ſeñor Larr. *allegat.* 24. *num.* 13. ibi: *Quidquid ratione dictæ promiſſionis lucrorum fuerit ſolutum, poterit licite in ſortem computari, vel repeti, & infra: Maxime quia etiam ſi debitor ſcienter ſolviſſet vſuras, non tamen daretur licita retentio propter peccatum recipientis; præſertim quia ſumus in vſuris, quæ ſunt indebitæ naturaliter, & civiliter; adeò vt quamvis eſſent ſolutæ per errorem iuris, tamen poſſent repeti.* Gaſp. Rodrig. *lib.* 1. *quæſt.* 9. *num.* 17.

18. Lo qual procede etiam ſi habeat creditor titulum, & bonam fidem Seraphin. *deciſ.* 1006. *à num.* 6. D. Larr. *dict. allegat.* 24. *num.* 6. y ſea de las perſonas, que por ſu ſexo, ó edad pueden eſcuſarlos en lo regular las ignorancias del derecho, vt per D.D. communiter *in cap. Salubriter de vſur.* cuya theorica fundada en las referidas diſpoſiciones de el derecho antiguo, y aun en las Canonicas de los Cap. *Conqueſtus.* 8. *Tua nos.* 9. *Conſuluit.* 10. y otros que refiere Leotar. *dict. quæſt.* 7. ſe comprueba ex *l.* 31. *tit.* 11. *part.* 5. donde la promiſſion, que ſe haze de pagar mas de la ſuerte principal, que ſe recibe, dize la ley: *Que non vale, nin es tenudo de cumplirla el que la faze, ſi non de los veinte maravedis, que recibiò.*

19. Con que parece ſe podrà inferir por D. Gaſpar de Arroyo ex ſupradictis ex *num.* 16. que aunque el contrato, é inſtrumento de quo loquimur, contuvo el exceſſo, y ſuperabundancia de la ſuerte principal del mutuo en los 300. peſos, que ſe cagaron mas en la eſcritura, y deſpues ſe le pagaron, y recibiò por premios veinte y cinco peſos cada mes deſde Março de 88. haſta fin Enero de 90. q̃ à eſte reſpecto (por ſer lo que confieſſa en ſus declaraciones) importan los premios cobrados 550. peſos, podrà irritarſe, y tenerſe por ilicito el pacto de los 300. peſos, que fue el vſurario, y

lo

lo pagado despues se avrà de imputar por cuenta de los 2U500. pesos, q̃ fue solamente la suerte principal del mutuo (de quibus hucusque nullus dubitat;) pero no por esto parece, que dexarà de ser valida la promission de lo q̃ se recibió verdaderamente, y se debe, abonadas las vsuras, y en esta parte executarse el instrumento.

20. Para lo qual se podrá ponderar el lugar de Surd: *consf. 327. à num.* 13. que assentando la conclusion, de que la nulidad del contrato, ó pacto de las vsuras no tranciende á irritar todo el contrato del mutuo, sino solo à que se tenga por inutil, é invalido el pacto; infiere á el *num.* 17. *Quod ex contractu mutui adimitur sola stipulatio vsurarum; & in reliquo datur exequutio*; y conduce la doctrina de Andr. Gail. *lib.* 2. *observat*. 4.

21. Pero sin embargo de lo discurrido, y opuesto desde el *num.* 16. que procede en la atencion solamente de las disposiciones del derecho antiguo, no parece se puede hazer defensable, que pueda executarse el instrumento por el principal del mutuo, que recibió verdaderamente el deudor, haziendose el cargo de lo literal de las disposiciones de las leyes del Reyno. Lo primero, porque la *l.* 1. *tit.* 21. *lib.* 4. admite llanamente, y sin distincion contra las obligaciones, contratos, y qualesquiera escrituras, las excepciones *de paga del deudor, ó promission, ó pacto de no lo pedir, ò excepcion de falsedad, ó excepcion de vsuras, ò temor, y fuerça*, igualandolas con la alternativa, *vel* quæ ponitur inter diversa idem importantia, & denotantia, Barb. *in dictionibus vsu frequentioribus. dict.* 415. & quid mirum, que el mismo Estatuto, que diò fuerça executiva à el instrumento publico, se la quite à aquel, que se halla manchado con el pacto ilicito de la vsura; & ita in hac lege tenent comm. DD. citati *num.* 15. que sin distincion de parte valida, y vtil, y de parte inutil, y prohibida absolutamente admiten la excepcion de vsura con esta ley del Reyno, contra el instrumento del mutuo.

22. Lo segundo, porque las *leyes* 1. & 2. *tit.* 6. *lib.* 8. expressamente miraron à invalidar, y anular los contratos

en

en que se contenia, y pactaba la vsura, tacita, ò expressamente; & ita inquit. *l.1. Que no juzguen, ni entrieguen ningunas cartas, ni contratos de logro de aqui adelante*. Y la *l. 2.* hablando de los emprestidos, ventas, guardas, y depositos, en que se incluian, y paliaban los logros, dize: *Que por el mismo hecho sean ningunas las tales obligaciones, y contratos, y no sean, ni puedan ser valederas*: Y respecto de que estas dos leyes hablaban solo de las obligaciones hechas por Christianos à favor de Judios, ò Moros, (in quibus erat maior ratio dubitandi, vtpotè, quia erant extra Ecclesiam, & lege prohibitiva vsurarum non tenebantur. Aret. *cons.* 158. Pedro Greg. *lib.* 42. *sintagm. cap.* 8. *num.* 16.) dispusieron la 4. *&* 5. *del mismo tit. lib.*8. *Que qualquier Christiano, ò Christiana de qualquier estado, y condicion que sea, que diere à vsura, que pierda todo lo que diere, ò prestare, y que sea de aquel, que recibiere el emprestido, y peche otro tanto, como fuere la quantia, que diere à logro, la tercia parte par el acusador, y las dos partes para la nuestra Camara*: en que siguieron estas dos leyes del Reyno, aunque con mas templança, los vestigios de derecho mas antiguo, que el de los Digestos, en que se penaba á el que excedia de la tassa con que estavan toleradas las vsuras, no solo en la pèrdida de la suerte principal, sino en el quatro tanto, vt ex Marco Caton. *in princ. de re rust.* observat Pet. Greg. *lib.* 22. *sintagm. cap.* 3. *num.* 17. & ex Balduin. *in l.* 5, *Romul. num.* 13. D. Lorenç. Math. *de re crim. controv.* 40. *num.* 23.

23. Se deduce de estas disposiciones de las leyes del Reyno, (que influyen la nulidad al contrato del mutuo, en que se pactan las vsuras, y no permiten à el acreedor la cobrança de la suerte principal) el que no puedan executarse los instrumentos, aun abstrayendo de q̃ las mismas leyes les impiden la execucion por esta excepcion legitima; porque no es dudable, que la excepcion de nulidad prontuaria, y notoria, que es aquella, que se justifica in continenti, es legitima, y admisible en el juizio executivo. Carlev. *de iudic tit.*3. *disp.*16. Rodrig. *de execut. cap.*6. *num.*6. *&* 17. Avend. *in l.*4. *&* 5. *tit. de las excepciones. num.*26. Parlad. *lib.* 2. *rer.* *quotid.*

quotid.cap.fin.5.part.§.11.*n.*11.& comm. practici. Y aunque assientan, que esta justificacion prontuaria de la excepcion de nulidad, es la que se halla hecha dentro de los diez dias de la ley; no ay duda, que siendo su prueba con la declaracion, y confession judicial del executado, basta que se halle probada antes de el remate; vt probabimus *num.* 10. *&* 11.

24. Y aunque algunos Autores reducen á controversia; si esta excepcion de vsuras impide la execucion del instrumento del mutuo, es en el supuesto de la especie, y caso, en que el Reo executado se previno, temiendose de la execucion, en poner la demanda ante el Juez Eclesiastico, y luego opuso la misma excepcion, y la de la litispendencia ante el Juez Real, en cuyos terminos se ofrece especial razon de dudar à los Autores, que sin el verdadero conocimiento de las leyes del Reyno, creyeron, que era privativo del Juez Eclesiastico el conocimiento del juzio Civil, y Criminal de la vsura, ita disputant Gutier. *de iuram. confirm. part.*1.*cap.*2.*n.*9. Ped. Barb.*in l. Titia.*35 *ff. soluto matrim. á num.* 48. cum plurim. Iul. Cap. *tom.*5. *discept.* 400. *num.*4. & vsque ad nauceam Amat. *part.*1. *resolut.* 36. *à num.* 12. Pero aun en estos terminos ninguno duda, que *quoties exceptio est clara, & detecta, nec requirit altiorem indaginem,* la debe admitir el Juez Real, y revoca la excucion, vt inquit Capon. vbi suprà *num. 6.* Amat. *num.* 14. y assi concilia las opiniones Gayt. *de credit. cap.* 2. *tit.* 7. *num.* 2498. & ita tenet Azev. *in l.* 1. *tit.* 6. *lib.*8. *Recop. á num.* 94.

25. Pero en el sentir verdadero, y opinion no dudable, de que el Juez Real puede conocer de la nulidad del contrato de vsura, non solum quando venit incidenter, oponiendose por el executado por excepcion; (in quo nulla adest dubitatio Barb. *in l. Titia* 35. *ff. solut.matrim. num.* 48. con los que cita en el vers. *Nam si per viam exceptionis*) sino quando principaliter tractatur, por ser el conocimiento mixti fori; no ay duda alguna, que hallandose justificada la excepcion, puede declarar el contrato por nulo, ò revocar la execucion despachada en virtud del instrumento; & hæc

eſt communis, & certa opinio, que ſe funda en las miſmas leyes del Reyno citadas, y con ellas D. Lorenç. Math. *controv.* 40. *num.* 39. D. Covar. *lib.* 3. *var. cap.* 3. *num.* 1. Rodrig. *de redit. lib.* 3. *quæſt.* 3. *à num.* 122. D. Emman. Gonç. *cap. Quia in omnibus.* 3. *de vſur. num.* 11. Bobadill. *lib.* 2. *de la Polit. cap.* 17. *num.* 40. *& cap.* 19. *num.* 8. Belluga. *in ſpeculo Princip. rubric.* 11. §. *De vſurarijs num.* 9. *& ſeqq.* Parlad. *lib.* 2. *rer. quotid. cap. fin.* 5. *part.* §. 11. *num.* 23. & alij.

26. Ex dictis apparet, que no puede ſer aplicable todo el diſcurſo, que ſe haze con las diſpoſiciones del derecho antiguo, y la de Partida. 31. *tit.* 11. *part.* 5. y demàs ponderado *à num.* 17. para efecto de que recayga la nulidad ſolamente en el exceſſo, y ſuperabundancia del mutuo; pero no en aquello, quod verè, & realiter mutuatum fuit, porque las leyes del Reyno general, è indiſtintamente conſtituyen la nulidad en el contrato, y deniegan la execucion del inſtrumento, y condenan en la amiſſion de la ſuerte principal del mutuo.

27. Sed in terminis Gaſp. Rodrig. *de ann. redit. lib.* 2. *quæſt.* 8. aſſentando la diferencia, que ay entre el derecho antiguo, y nuevo, inquit. *num.* 9. *Quod licet iure Civili Romanorum talis contractus non ſit indiſtincte nullus, niſi in exceſſu, tamen iure Canonico, & Regio in totum vetitus, & illicitus, & nullus habetur, & ſic nulla etiam conventa hypotheca oritur. l. Non dubium. C. de legib. & num.* 4. inquit: *Præſertim cum ſit nullus in pœnam ob peccatum contra leges, & ius publicum, quo caſſu ceſſat regula, quod valeat, vt valere poterat.* Y el ſeñor Covar. en el 3. *de las var. cap.* 3. *num.* 6. verſ. *Sed ad huius quæſtionis,* circa medium. ibi: *Si quidem contractus vſurarius omnino nullus eſt iure naturali, Pontificio, Divino, Civili, ſaltim Regio; igitur ex eo dominium minime tranſit, etiam ſpontanea domini traditione.*

28. Y el miſmo Leotardo, que fue el, que mejor exornò la diſtincion de lo vtil reſpecto de lo inutil, valido, y licito reſpecto de lo prohivido *in dict. quæſt.* 7. *de vſur. n.* 26. que citamos à el *num.* 16. ſin embargo no duda, que en

nueſtra

nuestra España es nulo en el todo el contrato, y que assi no subsisten ni en todo, ni en parte las accessiones, como la hypotheca, ò la fiança, y assi hablando de la doctrina citada de Rodrig. y salvandola en algunos casos, dize *in dict. num.* 26. ibi: *Idem dicendum est, si forte ex lege Regionis, & Provintiæ, qui fœneratitios contractus ineunt; multantur amissione sortis, vt in Hispania, & apud Sinas, & alios Populos: hoc enim casu amissa sorte hypotheca nulla superst, quæ non contrahitur, nisi propter aliquam obligationem: quid enim amissa sorte persequetur fœnerator, cum nihil sibi debeatur? Et hoc cassu recipi potest Roderici sententia.*

29. Y aunque Azevedo en la *l.* 4. *tit.* 6. *lib.* 8. *Recop. num.* 6. es de sentir, que la pena desta ley, y que se repite en la siguiente, no tiene lugar sino en el vsurario manifiesto, non tamen in eo, qui ocultè fœneravit, & ita intelligit illud proëmium legis, *desvergonçadamente dan à vsuras*: imprueba con razon, y refuta esta doctrina de Azevedo Rodrig. *de redit. lib.* 3. *quæst.*4. *à num.* 119. *Quia favet vsurarijs, & prebet causam fœnus oculte exercendi*; y pondera la generalidad de las palabras de la *l.*4. ibi: *Qualquier Christiano, ò Christiana, que diere à vsuras, que pierda todo lo que diere, ò prestare*, & idem *in l.* 5. *Qualquier Christiano, que diere a vsuras, ò hiziere qualesquiera contratos en fraude de vsuras, que caya, è incurra en las penas*: cuyas plabras generales de qualquiera dacion à vsuras causan general, y absoluta la disposicion *l.* 1. §. *Generaliter cum vulg. ff. de legat. præstand.*

30. Neque obstant illa verba: *Desvergoçadamente dan à vsuras*; porque aunque se refiere en el proëmio de la ley el desahogo de los feneratores, y aunque este quizà diesse causa à la aposicion de las nuevas penas, que establecen estas leyes: *Non tamen legis dispositio generalis ad inverecundos tantum fœneratores coartanda est*, vt inquit Rodrig. vbi suprà *n.* 119. assi como el Edicto general, en que se prohibiò à las mugeres la postulacion en los juizios, y Tribunales, tuvo origen del desahogo, è immodestia de Calphurnia: *Improbissima fœmina: quæ inverecunde postulans, & Magistratum*

inquie-

eſt communis , & certa opinio , que ſe funda en las miſmas leyes del Reyno citadas , y con ellas D. Lorenç. Math. *controv.* 40. *num.* 39. D. Covar. *lib.* 3. *var. cap.* 3. *num.* 1. Rodrig. *de redit. lib.* 3. *quæſt.* 3. *à num.* 122. D. Emman. Gonç. *cap. Quia in omnibus.* 3. *de vſur. num.* 11. Bobadill. *lib.* 2. *de la Polit. cap.* 17. *num.* 40. *&* *cap.* 19. *num.* 8. Belluga. *in ſpeculo Princip. rubric.* 11. §. *De vſurarijs num.* 9. *& ſeqq.* Parlad. *lib.* 2. *rer. quotid. cap. fin.* 5. *part.* §. 11. *num.* 23. & alij.

26. Ex dictis apparet, que no puede ſer aplicable todo el diſcurſo, que ſe haze con las diſpoſiciones del derecho antiguo , y la de Partida. 31. *tit.* 11. *part.* 5. y demàs ponderado *à num.* 17. para efecto de que recayga la nulidad ſolamente en el exceſſo , y ſuperabundancia del mutuo ; pero no en aquello, quod verè, & realiter mutuatum fuit, porque las leyes del Reyno general , è indiſtintamente conſtituyen la nulidad en el contrato , y deniegan la execucion del inſtrumento , y condenan en la amiſſion de la ſuerte principal del mutuo.

27. Sed in terminis Gaſp. Rodrig. *de ann. redit. lib.* 2. *quæſt.* 8. aſſentando la diferencia , que ay entre el derecho antiguo , y nuevo , inquit *num.* 9. *Quod licet iure Civili Romanorum talis contractus non ſit indiſtincte nullus , niſi in exceſſu, tamen iure Canonico, & Regio in totum vetitus, & illicitus , & nullus habetur , & ſic nulla etiam conventa hypotheca oritur l. Non dubium. C. de legib. &* *num.* 4. inquit : *Præſertim cum ſit nullus in pœnam ob peccatum contra leges, & ius publicum , quo caſſu ceſſat regula , quod valeat , vt valere poterat.* Y el ſeñor Covar. en el 3. *de las var. cap.* 3. *num.* 6. verſ. *Sed ad huius quæſtionis,* circa medium. ibi: *Si quidem contractus vſurarius omnino nullus eſt iure naturali, Pontificio , Divino, Civili , ſaltim Regio; igitur ex eo dominium minime tranſit, etiam ſpontanea domini traditione.*

28. Y el miſmo Leotardo , que fue el, que mejor exornò la diſtincion de lo vtil reſpecto de lo inutil , valido , y licito reſpecto de lo prohivido *in dict. quæſt.* 7. *de vſur. n.* 26. que citamos à el *num.* 16. ſin embargo no duda , que en

nueſtra

nuestra España es nulo en el todo el contrato, y que assi no subsisten ni en todo, ni en parte las accessiones, como la hypotheca, ò la fiança, y assi hablando de la doctrina citada de Rodrig. y salvandola en algunos casos, dize *in dict. num.* 26. ibi: *Idem dicendum est, si forte ex lege Regionis, & Provintiæ, qui fœneratitios contractus ineunt; multantur amissione sortis, vt in Hispania, & apud Sinas, & alios Populos: hoc enim casu amissa sorte hypotheca nulla superst, quæ non contrahitur, nisi propter aliquam obligationem: quid enim amissa sorte persequetur fœnerator, cum nihil sibi debeatur? Et hoc casu recipi potest Roderici sententia.*

29. Y aunque Azevedo en la *l.* 4. *tit.* 6. *lib.* 8. *Recop. num.* 6. es de sentir, que la pena desta ley, y que se repite en la siguiente, no tiene lugar sino en el vsurario manifiesto, non tamen in eo, qui ocultè fœneravit, & ita intelligit illud proëmium legis, *desvergonçadamente dan á vsuras*: imprueba con razon, y refuta esta doctrina de Azevedo Rodrig. *de redit. lib.* 3. *quæst.*4. *à num.* 119. *Quia favet vsurarijs, & prebet causam fœnus oculte exercendi*; y pondera la generalidad de las palabras de la *l.*4. ibi: *Qualquier Christiano, ò Christiana, que diere à vsuras, que pierda todo lo que diere, ò prestare*, & idem *in l.* 5. *Qualquier Christiano, que diere a vsuras, ò hiziere qualesquiera contratos en fraude de vsuras, que caya, è incurra en las penas*: cuyas plabras generales de qualquiera dacion à vsuras causan general, y absoluta la disposicion *l.* 1. §. *Generaliter cum vulg. ff. de legat. præstand.*

30. Neque obstant illa verba: *Desvergoçadamente dan á vsuras*; porque aunque se refiere en el proëmio de la ley el desahogo de los feneratores, y aunque este quizá diesse causa á la aposicion de las nuevas penas, que establecen estas leyes: *Non tamen legis dispositio generalis ad inverecundos tantum fœneratores coartanda est*, vt inquit Rodrig. vbi suprà *n.* 119. assi como el Edicto general, en que se prohibiò à las mugeres la postulacion en los juizios, y Tribunales, tuvo origen del desahogo, è immodestia de Calphurnia: *Improbissima fæmina: quæ inverecunde postulans, & Magistratum*

inquie-

inquietans, causam dedit Edicto; y sin embargo no se limitaron los efectos de la prohibicion ad inverecundas tantum fæminas, quedando todas igualmente prohibidas de postular en juizio. *l.* 1. §. *Secundo loco.* 5. *ff. de postuland.*

31. Et confirmatur, meo videri, ex eo quod, no solo se requiere, que sea manifiesto vsurario para la incursion de la pena de la amission de la suerte principal del mutuo; pero ni aun vsurario sin la calidad de notorio; porque no puede llamarse tal aquel, que semel tantum contractum vsurarium exercuit, quia verbale nomen, vt est *vsurario*, in vno actu solo non verificatur DD. commun. *in cap.* 1. *de iudic.* Menoch. *de arbitr. lib.* 2. *Centur.* 3. *casu* 235. *num.* 20. Leotard. *de vsur. quæst.* 100. *num.* 6. como no se llama Mercader, el que ha tenido solo vn acto de negociacion. *l.* 1. §. 1. *& ibi Gloss.* & Bart. *ff. de tribut. act. l. Procuratoris.* §. *Quæritur. ff. eod.* & idem in Calumniatore, Meretrice, Procuratore, & alijs, que ninguno se constituye tal por razon de vn acto solo. Tiraq. *de pœnis temp. aut remitt. causa.* 51. *à num.* 160.

32. Sed sic est, que la ley del Reyno 4. *tit.* 6. *lib.* 8. impone expressamente la pena de la amission de la suerte principal del mutuo, à el que celebrare el primero contrato de la vsura, la qual aumenta la ley conforme la reiteracion de los actos, y contratos: luego si para la aposicion desta pena no se nessecita, que el contrayente sea vsurario, porque se impone à el mismo contrato ilicito, & eius respectu; quanto menos se requerirà la calidad de vsurario manifiesto, y notorio, quæ non potest existere sine subiecto, *l. Si servum.* 4. §. *fin. ff. de act. empt. l. fin. ff. de collat. bonor.* cum vulgatis.

33. Y assi en las disposiciones de derecho, en que se quiso, que recayessen las penas en los vsurarios manifiestos, y no en las especies, ò actos simples de la vsura, se expressó literalmente esta calidad, *vt in cap. Quamquam de vsur. in* 6. *& cap. Quia in omnibus de vsur.* vt cum iudicio notant D. Covarr. *lib.* 3. *var. cap.* 3. *à num.* 5. Givalino *de vsur. lib.* 1. *cap.* 11. *art.* 1. Molin. *de iust. & iur. tom.* 2. *disput.* 333.

Cevall.

Cevall. *com. cont. comm. quæst.* 11. *&* *quæst.* 537. Præter quam, quod manifestus dicitur vsurarius, qui confessus est in iudicio vsuram exercuisse, Leotar. *quæst.* 100. *num.* 10. *cum seqq.* y los que citamos *à num.* 9.

34. Nec quidquam facit, q̃ esté en el contrato explicito el pacto de la vsura, ò que se palie, cargandose esta, como suerte principal del mutuo, quia æque contractus est vsurarius, & illicitus. *cap. fin.* 14. *Quæst.* 3. *cap. Inter dilectos.* 11. *de exces. Prælat.* ibi: *Nos igitur vtriusque partis attestationibus diligenter inspectis, invenimus, evidenter esse probatum eumdem P. publicum aleatorem esse, vel vsurarium manifestum; vtpotè, qui vndecim denarios, pro duodecim publice mutuarat.* *l.* 31. *tit.* 11. *part.* 5. ibi: *E esto es, porque es en manera de vsura;* & D. Greg. Lop. *Gloss.* 2. ibi: *Imo est recte vsura*, & circa finem Glossæ, ibi: *Quoties fit instrumentum de mutuo, & vsura tanquam totum sit de capitali, est magna, & manifesta vsura.*

35. Idem deducitur ex *l.* 29. *tit.* 4. *lib.* 3. *Recop.* donde se llama contrato ilicito, y en fraude de vsuras, el que se executa, admitiendo la obligacion de mas de lo que se entriega, y assi no ay duda, que queda sujeto à las mismas penas de la *l.* 4. *tit.* 6. *lib.* 8. como lo declara la *l.* 5. ibi: *O hizieren qualquiera contrato en fraude de vsuras, cayan, è incurran en las penas, que en las dichas leyes, y ordenauças son contenidas:* ita diffusse probat contra Azev. Rodrig. *lib.* 3. *quæst.* 4. *num.* 121.

36. Y mayor razon de iniquidad, y prohibicion hallò en este contrato, en que excede la estipulacion, ó promission de lo que se entriega, y recibe, que aun en el mismo pacto expresso de vsura D. Lorenç. Math. *controv.* 40. *à n.* 99. *&* *n.* 104. hablando de esta especie, dize: *Quod in aula severissime nequitia huiusmodi plecti solet, & ex eo solum contractus vsurarius reputatur, vt pluries iudicavi, & iudicari vidi.* Leotar. *dict. quæst.* 100. *num.* 6.

37. No pudiendose faltar à el conocimiento destos principios de derecho, que persuaden lo legitimo de la excepcion de vsura para impedir en el todo la execucion del

E instru-

instrumento del mutuo, y la nulidad del pacto, que transciende á viciar todo el contrato, y pena justa de la amission de la suerte principal establecida por las leyes de el Reyno; se quiere pretestar el pacto en que se cargaron los premios de doze por ciento, con la circustancia de que era menor de veinte y cinco años Don Gaspar de Arroyo, y que el dinero que prestó à Alfonso Martin del Campo, era el de su tutela, que estava depositado en la Caxa de Don Gabriel de Morales, con que tanto menos odiosos debian concide rarse los premios, quanto tenia el derecho permitidos los intereses Pupilares.

38. Sed perperam meo iudicio; porque sobre faltarle á el hecho las circunstancias de que pueda inferirse, que tenia este dinero destinacion para empleo fructuoso, antes si constar, que estava D. Gaspar de Arroyo habilitado para la administracion de su caudal, y que se le mandó entregar, y entregò el de su tutela, para que vsasse de él libremente por estar casado, y velado, y ser mayor de diez y siete años, como constò del testimonio presentado por su parte, vtcumque no podia hazer licito el contrato de la vsura el pretesto de la menor edad.

39. No puede dudarse, porque es regla infalible de derecho Canonico, que ningun pretesto, ni causa por piadosa que sea, puede hazer permitida, ò tolerable la vsura en el mutuo; es el *cap. Super eo.4. de vsur.* que por exageracion de lo immutable de este principio, pondera la causa mas digna de piedad, y equidad, que es el contrato vsurario, que se celebra para la redempcion de captivos: *Vt pauperes, qui in Saracenorum captivitate tenentur, per eamdem possint pecuniam liberari.* Y sin embargo decide el Pontifice Alexandro III. que no es la materia de vsura capaz de dispensacion: *Quia cum Scriptura Sacra prohibeat, vel pro alterius vita mentiri, multo magis est prohibendus quis, ne pro redimenda vita captivi vsurarum crimini inuoluatur*; de cuyo texto infieren August. Barb. y el señor D. Manuel Gonç. y otros repetentes la conclusion; de que *Non potest Pontifex, nec alius supremus Princeps dispensare, permittere ve vsurarum exercitium sub quovis prætextu.*

Y

40. Y à maioritate rationis infieren de este texto comunmente los Autores, que ni los alimentos del menor, ni el favor con que mira el derecho à los pupilos, pueden hazer tolerable qualquiera superabundancia de la suerte principal en los prestamos, que hazen los tutores del dinero de la tutela. D. Covar. *lib.3. var. cap.2. in princip.* Rodrig. *de redit. lib. 3. quæst. 10. num. 10.* Leotar. *de vsur. quæst. 20. num. 5. & 26.* Gutierr. *de tutel. part. 2. cap. 9. num. 4.* Baeza *de decima tutor. cap. 2. num. 93. & 96.* Molin. *de iust. & iur. tract. 2. disput. 224.* Escob. *de ratiocin. cap. 14. num. 19.*

41. Quedò con esta disposicion Canonica derogada en el sentir de los Autores citados la permission del derecho Civil de los Romanos, de los contratos feneraticios hechos à favor de los menores, de que hablan los textos *in l. Quoties tutor ff. de administ. tutor. l. Tutores. 24. C. eod. Authen. novissime eod. tit. Authen. vt hi qui obligat. se habere prohib. res minorum §. Quoniam autem. 6. Collat. 6.* & si quæ sunt aliæ. Y la de pagar los tutores, y curadores vsuras pupilares por la omission de no dar à vsuras el caudal de los pupilos, de quo, *text. in l. Tutor, qui repertorium. 7. §. 3. & 7. & 10. ff. administ. tutor.* Y aun la de pagar vsuras centenarias el tutor (quæ maximas vocat Consultus *in l. Qui sine vsuris. 38. de negot. gest.* que eran las del doze por ciento, Fachin. *lib. 5. controv. cap. 14.* Lara *de vit. homin. cap. 16. n. 100.*) quando convertia en sus proprios vsos el caudal del pupilo. *dict. l. 7. §. 4. & 10. ff. de administ. tutor. l. Non existimo. 54. eod. l. 1. C. de vsur. pupillar.*

42. Aunque justificados por otra regla, y principio los interesses, que regularmente pagan los tutores, no se adversan à las prohibiciones de el derecho Canonico, porque se cargan, no en consideraciõ de que el dinero de la tutela produce reditos: *Quia pro mostruo est, vt pecunia quæ sterilis per se, & sine vsufructu est, & civili, & naturali ratione, contra naturam generet, & profferat vtilitatem, & fœtum domino mutuanti*, vt cum Plutarco, & Gelio inquit Petr. Greg. *lib. 2. sintagm. cap. 3. num. 8.* sino por interesse justificado del lucro cessante, y en pena de la negligencia de los tutores, que debiendo

debiendo emplear el dinero del pupilo en la compreda de bienes fructuosos ; censos , ò negociacion lucrosa , y licita, vt tenent comm. DD. argum. *text. in cap. Per vestras. in fin. de donat.inter.*& ibi Palacios Rub. § *7.num.2.* no lo hizo, por cuya causa tira el pupilo los intereses , no del tercero, que tuvo el dinero, sino del tutor en odio de su negligencia, y porque diò causa à que tuviesse esta perdida la tutela, *l.8. & 10. ff. de administ. tutor.*& suprà relati *num.*40.

43. Y assi nota Gratiano *discept. foren. cap.* 240. y con el, Leotar. *quæst.* 20. *num.* 10. *nihil singulare hac in re favore minorum esse constitutum*; porque es general, que el q̃ està obligado à comprar para otro la cosa redituosa , *si id neglexerit tenetur in id, quod interest.* Y aunque este interes parece, que avia de ser, el que se probasse ex post facto ex fusse congestis en esta materia por Carlev. *de iudic. tit.* 3. *disput.*8. *sect.6.* con los cincuenta y nueve Autores , que cita à el *num.* 79. sin embargo no debe improbarse la practica de nuestra España , en que se carga à los tutores por esta negligencia, y estimacion del lucro cessante , el cinco por ciento ; porque como tiene destinacion legal el dinero del pupilo, para que deba emplearse , y son tan vsitadas , y frequentes en España las vẽtas de los censos, y los empleos, y negociaciones licitas; *maxima culpa dignus tutor , vel curator censebitur, qui pecuniam pupilli in id negotium expendere neglexerit* , vt ait D. Covar. *lib.* 3. *var.cap.*2.*num.*1. vers. *Illud sane.* Gutierr. *de tutel part.* 2.*cap.9.num.* 23. Escob.*de ratioc.cap.*14.*num.7.* Y parece, que no se arriesga la incursion en la prohibicion de las vsuras, cargandolas à razon del cinco por ciento en pena del tutor, y en estimacion del lucro cessante. Ayora *de partit.* 1. *part. cap.4. num.* 30. Gutierr. vbi suprà *à num.*24. *&* 37. vers. *Sed meo iudicio.*

44. Nec turbari nos debet el beneficio de la restitucion in integrum , que alega Don Gaspar de Arroyo le compete : porque ò se pide para llevar la misma vsura , & tunc non competit restitutio in integrum, nil certius. Esforcia *de restitut. in integr.part.* 1. *quæst.* 45.*artic.*3. per totum, & in terminis *n.* 38. ibi: *Quod attento iure Canonico* (que es el

es que se debe practicar en esta materia, como dexaba fundado el mismo Esforcia *num. 37.) quo vsuræ non debentur, non dabitur ad illas restitutio, sed attento iure Civili, vel cassibus, in quibus vsuræ aliquæ permittuntur sub nomine interesse, vel census, vel fructuum, vt in specie hodie vsitatur in societatibus officiorum, in contractibus censuum, & inter mercatores ratione lucri cessantis, dubitabilior est articulus.*

45. Y para la resolucion de este, distingue Esforcia *n.40. Aut petuntur vsuræ, quæ debentur ratione fructuum, vel interesse ratione lucri cessantis, vel damni emergentis, & ad illas quoque restitutio extenditur*; y assi dize, que procede la *l. Ait prætor §. fin. de minor: Aut petuntur ratione moræ dumtaxat, & sicut in pœnam non solventis stipulatæ, & promissæ, & tunc ad illas non extenditur restitutio, ex l. Cum quidam. §. Si pupillus. ff. de vsur. & ibi colligitur ratio ellegantissima, huiusmodi enim vsuræ in pœnam, & odium non solventium dicuntur peti, vt ibi dicitur; sed restitutio in integrum non datur ad lucrum, quod provenit ex pœna, & iniuria alterius, & in odium debitoris constitutum. l. Sciendum. ff. ex quib. caus. maior.*

46. Quod indubitanter confirmatur con el principio elemental en la materia de restitucion in integrum, en que no puede dudarse se restituye el menor, non tanquam minor, sed tanquam læssus, *l. Non omnia.* 44. *alias* 45. *ff. de minor. l. Sciendum.* 18. *ex quib. caus. maior. l.* 4. *tit.* 14. *partit.* 3. *l.* 2. 5. & 6. *tit.* 19. *partit.* 6. Ciriac. *controv.* 240. *à num.* 41. Gom. 2. *var. cap.* 14. *num.* 1. & 5. Y mal podrà constituirse lession en no percebir el menor el logro de las vsuras prohibidas por todos derechos.

47. O se pide la restitucion para no incurrir en la pena de la amission de la suerte principal, y para que se execute en esta parte el instrumento, & nec tunc restitutio competit; porque en lo regular no se restituye el menor adversus factum, vel commissum contra prohibitionem legis, ni se escusa de la incursion en su pena, *l. Si ex causa.* 9. *§. Nunc videndum. l. Auxilium.* 37. *ff. de minor. l.* 1. *C. si adversus delict.* Esforcia *de restitut. in integr. part.* 2. *quæst.* 83. *artic.* 2. *num.* 12. Juan Mauricio *de restitut. in integr. cap.* 183. *num.* 3.

F por

por la razon que dá *ne iuvetur auxilio legis, qui dum leges invocat, in eas tamen committit, l. fin.* §. *Si verò postquam. C. de iur. delib.* D. Larrea *decis.* 59. *n.* 13. 14. *&* 15. donde dize, que en la misma transgression de la ley, ò del pacto, se halla el dolo del menor, contra el qual no compete restitucion, idem tenet Ciriac. *controv.* 240. *num.* 54. 60. *&* 62. y con muchos more suo Ayllon *lib.* 2. *var. cap.* 14. *num.*49. à diferencia de quando la contravencion consiste in omissione; porque entonces se restituye. Cald. Pereyr. *in l. Si curatorem.* verb. *Vel adversari dolo.num.*64. Narbon. *de ætate, anno* 25. *num.* 4.

48. Et quamvis non dubitemur, que otros Autores fueron de contrario sentir, y escusaron à el menor de la incursion de la pena, Ant.Gom. *lib.*3. *var. cap.*1. *num.*61. Aviles *cap.*52. *Prætorum. num.* 9. Azev. *in l.*2. *tit.* 1. *lib.* 2. *Recop. num.* 23. & alij relati à Narbona *de ætate anno* 8. *quæst.*3. se concilian en nuestro caso las dos opiniones duplici ex causa; lo primero, porque quando à el acto, ó el contrato, q̃ executa el menor le ressiste la razon del derecho natural, ó Divino, non competit restitutio in integrum para excusarse de la incursion de la pena de la ley, ò del Estatuto, que se funda en el derecho natural, ita tenet Ant. Gom. vbi suprà: y es la razon clara, porque como el acto prohibido por el derecho natural no puede obrarse sin especial malicia, y dolo, no escusa nunca el pretesto de su ignorancia. D. Solorçan. *de iur. Indiar. tom.* 1. *lib.* 2. *cap.*13. *à num.*51. *& cap.* 14. *num.* 34. Ciriac. *controv.* 310. *num.* 138. Escac. *de comerci.* §. 1. *quæst.*7. *part.*2. *art.* 19. *à num.*9. ni contra el dolo, y malicia compete restitucion para escusarse de la pena. *l.* 9. §. *Si in commissum. ff. de minor.* tenent Esforcia, Pereyr. Surd. Alphons. Narbon. & alij relati à suo fratre Didaco de Narbon. *anno* 25. *quæst.* 45. *à num.*9.

49. Lo segundo, porque las disposiciones penales, que se introduxeron para conservar el rigor del derecho por alguna grave, y justa causa de vtilidad, obligan à los menores de suerte, que les impiden el beneficio de la restitucion in integrum para escusarse de la incursion de le pena.

Azev.

Azev. *in l. 2. tit. 7. lib. 4. Recop. num. 77. in fin. & 78.* donde disputando, si se restituirán los menores contra la ficta confession, que resulta de la contumacia de no responder à las posiciones en la forma que se dispone *in dict. l. 2.* inquit: *Quod quamvis fictus hic confessus esset minor rusticus, vel mulier, non restituerentur adversus hanc fictam confessionem, neque eis prodesset restitutio, vtpotè quia in eis: quæ ad rigorem iuris conseruandum introducta sunt, non iuuatur minori, mulieri, vel rustico*; & infra: *Quod quamvis de damno vitando tractetur, non sit tunc locus restitutioni in eis, quæ ad rigorem iuris conservandum introducta sunt. l. Iuris ignorantiam. 6. C. qui admitt. ad honor. possess. posunt. Gloss. in cap. Turbatur. 1. quæst. 4.* Bart. *in l. 1. §. Nunciatio. ff. de novi oper. nunciat. num.* 35. Tiraq. *de retract. convent. §. 4. Gloss. 6. num. 16.* & ex his non obstat, nec minor ætas, nec postulatio restitutionis.

50. Sed, & pro coronide de consuetudine, seu potius abusu, & corruptela vsurarum breviter attingere libet: vtrum excuset à pœna temporali imposita à iure Canonico, & Regio; porque de la restitucion de lo cobrado por razon de premios de la suerte principal, ninguno duda, que no escusa la costumbre, porque fuera hazer licita, y permitida la misma vsura: *Et nulla consuetudine effici potest, vt aliquo casu permittantur vsuræ, nec totius orbis similem consuetudinem id inducere posse, neque licitum facere instrumentum, vel conventionem, quæ sapiat vsurariam pravitatem*; vt ait D. Olea *de cession. iur. tit. 3. quæst. 12. num. 27.* & tenent. D. Larr. *allegat.* 23. *num.* 37. Leotar. *quæst. 99. à num.* 4. Farin. *pract. Crimin. lib. 3. quæst. 95. à num.* 8. & cum plurim. Math. *controv.* 40. *num.* 139.

51. Sobre si escusa en lo regular la costumbre de la pena de la vsura, refiere el señor Olea *dict. tit. 3. quæst.* 12. *à num.* 29. las dos contrarias opiniones, y los Autores de vna, y de otra, y se inclina (licet fædere distinctionis) à la opinion afirmativa con los textos generales *in l. Labeo*, ibi: *Morem agentium sequi debemus. ff. de stat. liber. l. Siquis donaturus.* ibi: *Quia ita vsitatum est. ff. de vsufruct. & l. Siquis fugitiuus. §. Apud labeonem*, ibi: *Quia id fecit, quod publice facere licere arbitrabatur. ff. de ædilit. ædict.* & alijs.

Sed

52. Sed salva pace, in contrarium adest expressus textus *in cap. Inter dilectos. 11. de excessib. Prælat.* donde no valiò la escausa de la costumbre de la vsura para la aposicion de la pena, ibi: *Vnde licet ad palliandum* (habla del que prestò onze denarios, para que le bolviessen doze) *tantæ præsumptionis excessum proposuerit, quod hoc fecerat iuxta Gallicorum consuetudinem Clericorum, quæ Clerici fere vniversi mutuant sic frecuenter, & ludant: nos tamen, qui ex officij nostri debito pestes huiusmodi extirpari proponimus*; & infra: *Penitus improbamus excusationem prædictam, quæ per pravam consuetudinem, quæ dicenda est corruptela potius, palliatur, fribolam reputantes.*

53. Y razon concluyente de que no escuse la costumbre de la pena, se deduce, e infiere, de que siendo la causa final, vel saltim impulsiva de las disposiciones de derecho, que impusieron las penas à los contratos de la vsura; y les negaron su execucion, el mismo abuso, y corruptela, que avia introducido la desenfrenada codicia de los hombres, como lo demuestran claramente los exordios del *cap. Quia in omnibus fere locis, ita crimen vsurarum invaluit. 3. de vsur. cap. In civitate tua dicis sæpe contingere. 6. cap. Tuas. 13. cap. Cum in Diœcesi tua sint quàm plurimi vsurarij de vsur.* y de las leyes del Reyno, *l. 1. tit. 6. lib. 8.* ibi: *Y como quier, que hasta aqui de algun tiempo aca fue vsado. l. 2. eod. Por quanto contra la dicha ley en engaño de vsuras se catan diversas maneras*; y la ley 5. *eod. tit.* ibi: *Como quier que por derecho Divino, y humano las vsuras estan defendidas so grandes penas, pero esto no abasta para refrenar los logros, y la codicia con que se mueven los que las exercitan*, &c. *Mandamos*, &c. No puede la misma causa, que fue motiva para la aposicion de la pena, ser pretesto de escusacion para que libre de la pena el mismo abuso de la vsura, y que lo dispuesto por razon de vn fin, obre directamente el contrario, *l. Legata. 19. ff. de legat. 1. l. 14. ff. de adim. legat.* & in terminis Bobad. encomienda la execucion de la pena, porque no quede ilusoria la disposicion de la ley *lib. 2. Polit. cap. 17. num. 41.* ibi: *Por la ley Genucia fue la vsura antiguamente quitada; pero porque no*

se

se imponia por ella pena à el transgressor, fuè poco à poco abrogada, porque la prohibicion en materia de leyes es infructuosa sin la pena, y la pena ridiculosa sino se executa.

54. Sed in nostro casu nulla adest dubitatio, porque se concilian las dos opiniones, que refiere el señor Olea *dict. tit. 3. quæst.* 12. y que apuntamos à el *n.* 51. con la distincion en q̃ queda el señor Olea à el *n.* 34. con Farin. en el consejo 15. *num.* 56. Gutierr. Ciriac. y otros que refiere, y es, que la costumbre escusa la pena, *quando evidenter non constat de usura, vel esset aliqua probabilis dubitatio, an contractus esset usurarius*; pero no escusa, quando manifeste, & notorie de usura constat, y assi dize, que aunque defendió á su Clientulo, que avia hecho vn prestamo con siete, ó ocho por ciento de premios, pretendiendolo escusar con el pretesto de la costumbre, dize, que sin embargo lo condenò el Senado *in magnis pœnis pecuniarijs, & ad restitutionem interesse accepti:* con que siendo en nuestro caso notoria la probança de la vsura, vt probabimus *num.* 9. no duda en él el señor Olea, ni ninguno, q̃ la costumbre no escusa de la pena.

55. Nec aliqua estimatione digna iudicari debet, sed potius reprehensione, vt supecta, doctrina tradita ab Heringio *de fideiusor. cap.* 24. *á num.* 259. *& cap.* 26. *á num.* 87. qui temerarie tantavit affirmare, que el fiador debe pagar legitimamente las vsuras, siguiendo la costumbre de estos cõtratos, y no las disposiciones del derecho Canonico, y que assi, las que pagare, las puede siempre repetir del principal, contra quem insurgit doctissime Leotar. *de usur. quæst.* 33. *num.* 18. ibi: *Sed non est ferendum, quod ait* (habla del lugar citado de Heringio) *cum de usuris agitur, hodie prohibitionem iuris Canonici non attendi; quia hoc dici potest inter eas gentes, quæ Luteri, & Calvini, & aliorum Hereticorum erroribus imbutæ sunt, non autem apud eos, quibus Sacrorum Canonum authoritas Sacrosancta est, & esse debet, quibus usura veluti sua sponte nefaria, & detestabilis damnatur, & prohibetur, vt iam á nobis demonstratam est.* Con que parece, que se cierra el discurso de esta primera excepcion satisfechos los reparos, que podràn excitarse de contrario.

De la excepcion de Novacion.

56. PAra la aplicacion de este segundo medio se presupone, que aviendo executado por el año de 89. Don Gaspar de Arroyo à los obligados en la escritura, y sacado suplicatoria para traer despacho del Real Consejo de Indias, en que se mandasse, que Alfonso Martin del Campo su deudor principal, no passasse à servir su Govierno, ni à hazer el viaje, que de proximo disponia en los Galeones, que iban de el cargo del General Marquès del Vado del Maestre, sin que le diesse primero satisfaccion de este credito, ó lo dexasse assegurado: desistiò de estas diligencias judiciales, y dexò embarcar à Alfonso Martin del Campo, hastaque aviendo buelto los Galeones, las prosiguiò contra Don Francisco Martin.

57. Opuso este la excepcion de novacion, á cuya prueba diò origen la declaracion de D. Juan de Aduain Navarro, apoderado de D. Gaspar de Arroyo, que declaró á su mismo pedimento, que estando para salir los Galeones se hizo *vn nuevo contrato de palabra entre Christoval Martin del Campo, el que declara, y Don Gaspar de Arroyo, en esta Ciudad en el Convento de S. Pedro de Alcantara, cargandole à la cantidad del principal de la escritura vn veinte y dos por ciento de riesgo, como constava de vn vale, que tenia en su poder.* Y tambien dize, que este ajuste se hizo con todo secreto, por averse aconsejado Don Gaspar de Arroyo con diferentes Abogados, que le dixeron, no se hiziera nuevo contrato, porque quedaban libres los fiadores.

58. Y refiere como le diò poder Don Gaspar de Arroyo, para que cobrasse la cantidad en los Reynos de las Indias, y que aviendose informado de diferentes personas del Comercio, que estavan libres los fiadores por el nuevo contrato, hizo en virtud del poder aquellas diligencias, que pudiera en negocio suyo proprio, de que se tocarà en el tercero punto.

59. Presentò en los autos Don Juan de Aduain el vale referido en su declaracion, y dize este: *Vale docientos y cinquenta pesos escudos de a diez reales, que pagarè à Don Gaspar de Arroyo, ó á quien su poder huviere, en la Ciudad de San Felipe de Portovelo, por tantos, que he recibido del dicho señor en esta Ciudad, y de esta cantidad, y de vna escritura de mayor cantidad, que le debo và corriendo el riesgo sobre las caxas de mi ropa en la Nao nombrada nuestra Señora de la Estrella, de que es Maestre Don Laureano Ximenez. Cadiz, y Febrero 22. de 690.*

60. Y Don Gaspar de Arroyo para dar à entender, que este vale de los 250. escudos era dependencia independiente de la escritura de los 2U800. pesos, y que no se avia hecho para assegurarse de los nuevos premios cargados por el riesgo, presentò vn recibo firmado de D. Juan de Aduain, su fecha en Febrero del año de 90. en que confiessa, q̃ recibe de Alfonso Martin del Campo vn vale de 250. pesos escudos, *que es, y pertenece à Don Gaspar de Arroyo, por tantos, que le avia prestado a Alfonso Martin del Campo para el apresto de su viaje.*

61. Aunque despues confiessa en su declaracion, *que no ha tenido otra dependencia con Alfonso Martin del Campo mas que tan solamente la escritura de los 2U800. pesos, que està presentada, ni le ha hecho mas prestamo; porque aunque despues en la Ciudad de Cadiz se hizo el vale, esse resulta de los intereses.*

62. Presentò tambien Don Gaspar la carta misiva, que le escriviò desde Cadiz D. Juan de Aduain, en que le dize: *Que avia intentado Alfonso Martin, que el dicho Don Juan en virtud del poder hiziesse vn papel, declarando, que el monto de la escritura, y vale iba corriendo riesgo en la Nao en que èl iba embarcado.* Y luego dize: *Lo que advierto es, que v. md. si lo buscare Don Christoval Martin, se escuse, no pareciendo con èl hasta que tenga noticia ayamos salido, y de verlo, no hazer papel, ni carta, ni otra cosa alguna, que toque à el nombre de riesgo, porque de lo que hemos huido es de esso, que yo me lo avrè acà con Alfonso Martin del Campo.*

Con-

63. Conque de la deposicion de Don Juan de Aduain hecha à pedimento de Don Gaspar de Arroyo, y del contesto del vale, de q̃ quedò recibo en su poder, para que sirviesse de cargo á el apoderado; y de la relacion de la carta misiva, que con el recibo presentó Don Gaspar, se verifica, y ajusta, que hizo nuevo contrato con Alfonso Martin de el Campo, en que le hizo nueva demora de la paga ya cumplida, y se destinò para hazerla en los Reynos de las Indias; y que se cargaron veinte y dos por ciento por el riesgo, que fue corriendo en la escritura, y vale Don Gaspar de Arroyo, cuyo contrato se solicitò ocultar à Don Francisco Marti.

64. De que resulta individual prueba de la excepcion de novacion: pues omitiendo la question, si prueba plenamente la deposicion de vn testigo solo en el negocio, ò contrato, que ajustò, como mediador, de qua pro parte affirmativa August Barb.*in Gollectan.ad cap. In omni negotio de testibus.num.*26.ibi:*Limita in teste,qui deponit de facto;quod ipse tractauit tanquam mediator, quia plene probat Caputaquense decis.*267. & relati à Valasc. *consult.* 73.*n.*1. & 2. al menos no ay duda, que si concurren algunas conjecturas, ò adminiculos, que acreditan la verdad de la deposicion, haze plena, y regular probança, como aun en testigo de condicion servil lo prueba el text. *in l.Quæro.*58.§. *Servum dupla.* ibi: *Si, & alia indicia prioris fugæ non defficiunt, tunc etiam servi responso credendum est. ff.de ædillit.ædict.* Menoch. *de arbit. lib.* 2. *Centur.* 1. *casu.* 99. Paul. de Castr. *in l. Quicumque.C. de servis fugitiv.* Valasco *ubi supra, num.* 5.

65. Conque concurriendo con la deposicion de Don Gaspar de Arroyo el contexto del vale, y de la carta, que le escriviò el apoderado, en que se declara el nuevo pacto, de que fuesse el Acreedor corriendo riesgo en la escritura; no ay duda, que estos instrumentos privados prueban para declarar el contrato antecedente. Cephal. *consejo* 626. *volum.* 5.*num.* 15. Genoa. *de script. privat. lib.* 3. *quæst.*1. *num.* 54. Y q̃ prueba plenamente la carta misiva contra aquel à quien se escrive, quando no la contradize. Bart. *in l. Filius familias.*

ff.

ff. ad Macedon. Genoa *vbi supra, num.* 51. *&* *num.* 118. ibi: *Limitatur conclusio quando is, cui ipsa epistola mittitur, ea acceptą, non contradicit, sed tacuit: nam illius fidem probasse censetur; & videtur etiam in sui præiudicium fateri, omnia contenta in eadem epistola esse vera.* Idem tenet *num.* 145. cum Menoch. *de præsumpt. lib.* 3. *præsumpt.* 65. *num.* 12. & absque dubio procedit, quando vsa de la carta, ò de otro instrumento privado la parte, que lo recibe, presentandola en juizio; quia tunc contra eum plene probat Genoa *vbi suprà num.* 57. Pareja *de instrum. edit. tit.* 1. *resolut.* 3. §. 5.

66. Conque quando en superior arbitrio, à que solo puede sujetarse la estimacion de las pruebas, *l.* 3. §. 1. *de testib.* no se le diesse tal calidad à cada vna de estas especies de prueba, que separada de la otra pueda hazer cada vna plena probança; no parece, que se sujetarà à duda, que coadunandose las circunstancias de la deposicion de el apoderado con el contexto del vale, con el cuydado, y prevencion de la carta misiva, y con la verosimilitud de que tan excessivos premios, como de veinte y dos por ciento, no puede proporcionarlos, ni aun el abuso de las vsuras, sin ir corriendo el riesgo en el dinero el acreedor, resultarà probança perfectamente plena, vt cum Bald. *in cap. Cum causam in princip. de probat.* inquit D. Molin. *de Primogen. lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 35. *Quod ex multis imperfectis fit vna probatio perfecta, sicut ex multis membris invicem cohærentibus fit perfectum corpus, & ex multis consonantijs perfecta armonia. text. cum Gloss. in l.* 3. §. 1. *de testib. l. Rerum mixtura. ff. de vsucap.* Barb. *in l.* 2. *in princip. ff. solut matrim. part.* 1. *num.* 63. *cum alijs.*

67. De este nuevo ajuste entre deudor, y acreedor sin intervencion de Don Francisco Marti, y de esta alteracion del contrato del mutuo con dos pactos contrarios, y estraños à su naturaleza. El primero, de que quedasse de cargo del acreedor el peligro de la suerte principal, siendo essencia de este contrato el que passe el dominio à el deudor, que lo dexa sujeto à el riesgo de lo que recibe, y obligado à bolver,

no la misma especie capaz de peligro, sino otro tanto del mismo genero, en que no puede darse consumpsion. §. *Item is cui instit: quib. mod. contrah. obligat. l. 9. in fin. ff. de reb. credit. l. Siquis nec causam. 4. ff. eod. l. 1. §. Ille quidem. l. 4. §. Is quoque. ff. de obligat. & act. l. fin. tit. 1. part. 5.* Cuya razon del riesgo respecto del deudor, que recibe el prestamo, la constituyen los dichos textos por diferencial entre este, y los contratos del commodato, deposito, y prenda, y con ellos comunmente los Theoricos, y Practicos. Y el segundo, de aver de bolver el deudor veinte y dos por ciento mas de lo que recibiò por capital del mutuo, cuyo pacto resiste essencialmente à la naturaleza de este gratuito contrato, por lo que notamos latamente en el Punto primero.

68. Se pretende inferir legitimamente la novacion del contrato del mutuo, en que fiò Don Francisco Marti, y transfusion en otra especie de contrato, en que no intervino; para lo qual es precisso acordar el pincipio, que deduce el docto Pedro Barbosa *in l. 1. de iudic. art. 1. num. 134.* de la *l. Si cui lana. 70. l. Hæres meus. 100. §. Duæ statuæ. ff. de legat. 3. cap. Statutum, cap. Licet Canon de elect. in 6.* ibi: *Quod qualitas superveniens enti alterat illud, & reponit in diversa specie.* Gonç. *in regul. 8. Chancel. Gloss. 9. num. 8.* Porque aunque la especie no se muda en lo regular con la qualidad ex Bart. in *l. Denuntiasse. §. Quid tamen. num. 5. de adulter.* sin embargo se altera, y tranfunde, quando la nueva qualidad toca à la essencia, ó substancia de la causa, ò subiecto.

69. En cuyos terminos aplicandolos à el punto de la novacion doctamente Roxas *de incompat. p. 1. cap. 3. ex num. 10.* funda, que aunque por la diposicion de la *l. fin. C. de novat.* y por la *l. 2. & 15. tit. 14. part. 5.* qualquiera estipulacion, ó pacto posterior produce obligacion acumulativa, y no extintiva del contrato, y obligacion primera, y consiguientemente no se libran los fiadores si expressamente no se pacta la novacion; limita este principio stante incompatibilitate inter primam, & secundam obligationem, primum, & secundum pactum; porq en este caso

 la

la posicion del vno induce la renunciaciõ, y destruccion del primero, y consiguientemẽte la liberacion de las accessiones; no siendo menos eficaz la novacion, que causa lo expresso del pacto segundo, que la que produce la incompatibilidad de los dos actos. *l. Pacta novissima. C. de pactis l. Certi conditio. 9. §. fin. l. Si ab initio. ff. de reb. credit.*

70. Ni serà essencial para esta novacion, que se celebre nuevo contrato en todo incompatible con el primero; si sólo, que intervenga nuevo pacto, que toque en la substancia del contrato antecedente; y lo altere, vt satis doctè fundat D. Salg. *in Laberint. part.* 3. *cap.* 11. *à num.* 64. *&* 72. ibi: *Quia quando aliquid additur, vel detrahitur priori obligationi, aut dispositioni, sive in qualitate, sive in tempore; & in alijs (substantiam tamen prioris obligationis tangentibus) nova obligatio, & nova dispositio est, prima novata, & extincta.* Gonç. *in reg.* 8. *Chancel. Gloss.* 9. *num.* 13. P. Molin. *de iust. & iur. tract.* 2. *disput.* 559. *à num.* 8. Marefc. *lib.* 2. *var. cap.* 56. *ex n.* 16. Ciriac. *tom.* 1. *controv.* 101. *n.* 28. qui cum Petro Surdo *consejo* 460. *num.* 45. & alijs loquitur de aliquali alteratione contractus; y que basta para librar los fiadores; & in eisdem terminis Noguer. *allegat.* 21. *num.* 7. 8. *&* 9. Hering. *de fideius. cap.* 20. §. 3. & de qualibet alteratione *in* §. 25. Amat. *var. part.* 1. *resolut.* 50. D. Larr. *decis.* 14. *à n.* 55. D. Crespi de Baldaura *observat.* 71. Valer. *de transact. tit.* 2. *quæst.* 8. *num.* 7. *& tit.* 5. *quæst.* 4. *à num.* 9. D. Fernando Arias de Mesa *lib.* 1. *var. cap.* 40. *num.* 16. y Don Fernando Alfonso del Aguila *in addit. ad Roxas de incompatib. part.* 1. *cap.* 3. *num.* 9. ex quibus satis, apperte confunditur doctrina Parlad. *lib.* 2. *rer. quitid. cap. fin. part.* 1. §. 12. *limitat.* 6. *à num.* 46. qui singularitate motus contrarium tentavit defendere.

71. Explican los Autores citados con exemplos practicos lo infalible de esta doctrina, videlicet quando aviendose celebrado el deposito, se permite por pacto posterior à el depositario el vso del dinero, quia tunc convertitur in mutuum, *l. Certi condictio.* 9. §. *fin. ff. de reb. credit.* porque se le puso pacto, que alterò su naturaleza. D. Larr. *dict.*

decis.

descis. 14. *à num.* 55. Tambien quando se altera el contrato del mutuo con el pacto de que el acreedor no ha de pedir la suerte principal, y el deudor ha de pagar reditos; *quia tunc de debito mutui fit contractus subingatorius*, vt inquit Amat. *dict. resolut.* 50. *num. fin.* ò quando se pacta con el deudor del mutuo, que se comunique la ganancia, ò la pérdida de la suerte principal; *quia convertitur mutuum in causam societatis.* D. Salg. *in Laber. dict. part.* 3. *cap.* 11. *num.* 67. ò en qualquiera otra especie de pacto, que por estraña, ò contraria altera la especie del contrato primero; *quia tunc non attenditur natura, nec qualitas contractus transfussi, nec amplius inspicimus qualitatem primi contractus, sed secundum in omnibus observamus*; vt ait D. Salg. *num.* 70.

72. Procede esto con mas clara, y eficaz razon, quando se intermedia tiempo entre el contrato, y el pacto, que altera su naturaleza; porque entonces no es dudable, que se transfunde en otra especie distinta de contrato, à diferencia de concurrir in eodem actu dispositionis el contrato, y el pacto estraño, porque como non est credendum tam confestim velle se corrigere contrahentes, se ha de atender à el nombre que le dieron à el contrato, aunque à este lo saque de sus terminos el pacto. D. Larr. *decis.* 14. *num.* 55. *in fin.* ibi: *Sin verò post contractum depositi perfectum ex intervallo inter contrahentes convenit, vt accipiens tantundem redderet, vel deposita pecunia vteretur; tunc ex deposito nova conventione mutuum fit.*

73. Y assi se concilian los text. *in l.* 9. §. *fin.* & *l.* 10. *ff. de reb. cred.* con la *l. Lucius Titius.* 24. *l. Dies sponsaliorum.* 25. §. *Qui pecuniam. l. Puvia Mævia.* 26. §. 1. *ff. depositi:* entendiendo los primeros, del pacto, que pusieron los contrayentes despues de estar ya perfecto el contrato, ibi: *Deposui apud te decem, postea permissi tibi vti*, en cuya especie convierte, y transfunde el pacto el deposito antecedente en mutuo: y los segundos en la *l.* 24. *cum seqq. ff. depositi*, del mismo pacto, que se puso adiecto à el contrato en el mismo acto de la disposicion, el qual aunque haze alterar, y salir de sus terminos à el contrato, *dict. l.* 24. ibi: *Egreditur*

ea

ea res depositi notissimos terminos; *&* *dict. l. 26.* §. 1. ibi: *Eum contractum, de quo quæritur, depositæ pecuniæ modum excedere*: no ob stante, no lo transfunde en otro contrato, y assi dizen los textos, que en la especie referida de ponerse este pacto in continenti á el contrato del Depósito, se puede intentar contra él la accion depositi para la restitucion, como verdadero depositario, siendo esta la diferencia del pacto puesto in continenti, ò con intervalo de tiempo. Ita conciliantur hæc iura ex Cuiacio *lib. 9. qq. Papiniani in dict. l. Lutius Titius. 24. ff. depositi* Ant. Fabr. *in ration. ad dict. text.* Pichard. *in princip instit. quibus mod. re contrah. obligat. à num. 60. vsque ad 84.*

74. Luego no siendo dudable, que el pacto, de que el acreedor lleve el riesgo del caso fortuito, que persiguiere à el dinero del mutuo, es irregular, estraño, y contra su naturaleza, ex iuribus supra relatis *num.* 67. & ex notatis per Leotar. *de vsur. quæst.* 17. *n.* 28. por las razones, que trae, de que periculum peccuniæ sequitur dominum, *l. 9. in fin. ff. si cert. petat. l. vlt. C. de Nautic. fœnor.* & quia nummi, qui in genere debentur, perire non possunt; de suerte, que el riesgo no puede separarse de la especie, que es del mutuatario, y no del acreedor, *vt ex l.* 1. §. *Sæpe. ff. deposit.* fundat D. Larr. *dict. decis.* 14. *num.* 64. hablando de este riesgo, ibi: *Nam cum separari non possit à re ipsa, vt qualitas rei; nec à domino illius, parum proderit in se recipere depositarium; quia ius non patitur; vt alius dominus sit, videlicet deponens, & alius ferat, & sustineat periculum, scilicet depositarius, & lædatur iuris traditio, vt qui debitor speciei, id est, rei depositæ in specie; & eodem tempore reddendæ, ea perempta, non liberetur.*

75. Aviendose hecho este nuevo pacto entre Don Gaspar de Arroyo, y D. Christoval Martin del Campo, en nombre de Alfonso Martin del Campo su hermano deudor principal, de que el riesgo, y peligro de los 21800. pesos de la escritura, fuesse del acreedor, y no del mutuario, que era el señor de la especie, y deudor del genero, y este pacto passado tanto tiempo despues de la celebracion del mu-

 tuo,

tuo, y con la razon de conveniencia de cobrar con mayores intereſes D. Gaſpar de Arroyo en los Reynos de las Indias, por lo qual deſiſtió de las diligencias del pleyto empezado, y no vſó del deſpacho del Conſejo para embarazar, que hizieſſe el viage el deudor principal, ajuſtandoſe con èl en eſta forma; no parece, que ſe puede diſcurrir duda en la aplicacion de los principios de derecho esforçados deſde el *n.68.* Y que de ellos ſe infiere, que eſte nuevo pacto poſterior fue eſtraño, è irregular à la ſuſtancia, y eſſencia del contrato del mutuo, y por conſiguiente, que produxo novacion de la obligacion primera, y liberacion de la fiança.

76. Y con mayor razon ſe deberà hazer reflexion en el pacto de los pemios de veinte y dos por ciento, que ſe cargaron por eſtimacion del rieſgo; porque ſiendo eſtos eſſencialmente opueſtos, é incompatibles reſpecto del gratuito contrato de el mutuo, no ſolo pudieron alterar lo ſubſtancial del contrato, ſino deſtruirlo, y hazerlo mudar la eſpecie, ex Roxas *de incompat. part. 1. cap. 3. ex num.* 10. & quæ notavimus *num. 69.*

77. Et comprobatur 1. ex doctrina Antonij de Marinis *reſolut. iuris. l. 1. cap.* 139. donde funda, que por eſto que en el contrato del depoſito por el dererecho de los Digeſtos eran prohibidas las vſuras, ſi ſe pactó, que ſe cargaſſen á el depoſitario, mudò el contrato con el eſtraño pacto la naturaleza; *neque obſtat*, inquit *n. 7. quod in principio dicebamus, actione depoſiti principium inſpici, quia verum eſt, niſi fuerit tranſlatum in alium contratum; ſed hic ex receptione lucri tranſivit in aliud creditum:* Luego teniendo no inferior reſiſtencia por derecho Canonico las vſuras á el contrato del mutuo (como lo nota el miſmo Marinis vbi ſuprá *num.* 8.) que tenian por el derecho Civil antiguo à el contrato del depoſito, ſi en eſte es baſtante para mudarle la ſubſtancia à el depoſito el pacto poſterior de los intereſes, con mayor razon le harà mudar la naturaleza, y calidad à el mutuo, ſuppoſita prohibitione iuris Canoci.

78. Et vlterus in terminis comprobatur ex doctrina Gaſpar Rodrid. *lib. 3. de ann. redit. quæſt. 5.* donde proponien-

do

do el caso in quo licet redditum vsurarium exigere, lo halla en la especie nuestra, quando despues de celebrado, y perfecto el mutuo, intervienen dos pactos, que lo sacan de sus terminos: vno, de que el acreedor tenga el riesgo del dinero que avia de ser del deudor; y otro, de que se pague por este riesgo á el acreedor mas de la suerte principal, inquit *n.* 16. *Si creditor CONTRA NATVRAM MVTVI receperit in se periculum totius sortis, vel partis non videtur vsura: quia tunc sicut indamnum creditoris huiusmodi mutuum EXCEDIT TERMINOS MVTVI. Ita in eius commodum EXCEDI POTEST A NON SVIS TERMINIS, & sic contemplatione suscepti oneris potest aliquid stipulari, nec vsura videtur: quia non recipit propter officium mutuationis, sed propter onus susceptum, cui & non sorti, vel mutuo correspondet pactum, vt notat* Bald. *in l. Cunctos populos .4. C. de summ. Trinit. imo dico eo casu, quando creditor suscipit in se periculum sortis NON ESSE PROPRIVM MVTVVM, sed societatis contractum, vel do vt des, aut facias, & sic cessat subiectum vsuræ,* idem tenet ex *num.* 52. *vsque ad* 62.

79. Pero aun mejor á nuestro intento Leotard. *de vsur. quæst.*22. *num.*7. ibi: *Post perfectum contractum mutui creditorem cum debitore licitè pascici vt illæ pecuniæ, vel mercium ex ea pecunia emptarum periculum suscipiat certo prætio nec hoc casu creditorem vsuram commitere, nihil enim vltra sortem recipit, siquidem precium periculi non est accessio mutui, aut ratione mutui percipitur, sed ex novo contractu, nimirum assecurationis, quem vt cum alio contrahere potest, ita, & cum creditore argum. l. Singularia. ff. de rebus credit.* Idem tenet D. Sarmiento *lib.*7. *selectar. cap.* 1. *à num.* 10. que interpreta, y entiende el capitulo naviganti *de vsur.* quando se pacta, que el riesgo lo corra el acreedor, y este se estima con el interes, ò superabundancia del mutuo, cuyo pacto, *si non fit simul in eodem contractu mutui*; sino despues de estar perfecto el mutuo ex intervallo temporis, es licito, y convierte, y altera el mutuo en otra especie de contrato, que es el seguro, y en lo mismo recae la doctrina del señor Covarr. *lib.*3. *var. cap.*2. *num.* 8. *cum alijs.*

80. Y en mas eſtrechos terminos es el lugar de Juan Fabr. en el §. *fin. inſtit. quib.mod. tollit. oblat.* donde con ſolo que ſe varie con nuevo pacto el lugar donde ſe deſtinò la paga del debito, dando nueva demora, y dilacion à la paga, dize; que ſe induce la novacion, aunque ſe haze cargo del derecho nuevo *in l. fin. C. de novat.* Y Eſpeculador en el *lib.* 4. *tit. de fideiuſ. num.* 18. dize, que con ſolo la nueva demora de la paga ſe libra el fiador de la obligacion de la fiança con los textos en las *leyes Sicut germes. C. de locat. & conduct. l. Item quæritur. §. Qui impleto. ff. de locat. & conduct.* & idem tenet. *Gloſſ. in l. pen. C. de prætor. ſtipulat, litter.* H. Vincent. Caroc. *in deciſ. cauſu.* 74. *num.* 8.

81. Neque obſtant los lugares de Camilo Borrelio *in ſumm. deciſ. tom.* 3. *cap.* 13. *ex num.* 363. y de Gaſp. Ant. Teſaur. *deciſ.* 125. *num.* 6. que aſſientan, que el nuevo pacto, en que ſe prorroga el termino de la paga à el deudor principal, aunque ſe le carguen por eſta nueva demora intereſes, ò vſuras, no ſe induce la novacion, ni ſe libran los fiadores; porque es preciſſo hazer reflexion de la diferencia de derechos, en que eſtàn tolerados, ò abſolutamente prohibidos eſtos pactos de la vſura, y tambien de los caſos en que ſe llevan licitamente por razon del lucro ceſſante, ó damno emergente; porque de eſta diferencia de derechos, y caſos nace la diferencia, y variedad de algunas doctrinas de los Autores, quod ad plurimum conducit.

82. Hoc ſuppoſito van hablando Camilo Borrelio, y Teſauro en el ſupueſto, de que el nuevo pacto de la vſura no es eſtraño del mutuo, y ſolo la razon, que ſe les ofrece de dudar, es, ſi los nuevos intereſes, que ſe cargan por la nueva demora han de obligar tambien à el fiador, que no intervino en el pacto, en cuya hipotheci reſuelven bien, que el fiador queda obligado à la paga del mutuo, aunque no à las nuevas vſuras; pero no lo dixeran en el ſupueſto de que el pacto de las vſuras era eſtraño, y contrario à la naturaleza del mutuo.

83. Ex quibus omnibus ſatis conſtat. Lo primero, que el pacto de tomar el acreedor el rieſgo del mutuo, y de pagar

el

el deudor mas de la suerte principal, son opositivamente contrarios à su naturaleza: Lo segundo, que subsisten estos dos pactos justificandose el vno respecto del otro; pero sacan à el mutuo de sus terminos, y le alteran la essencia: Lo tercero, que de esto se produce per necesse la novacion, y por consiguiente, que se libren los fiadores, *l. Novatione 18. ff. de novat. l. Vbicunque. 60. ff. de fideiuss. l. 4. C. eod.* Noguer. *allegat. 21. num. 9.* Hering. *de fideiuss. cap. 20.* §. 25. Valer. *de transact. tit. 2. quæst. 8. num. 6.* Y tambien que se opone esta excepcion legitimamente en la via executiva, ex notatis per Perlad. *lib. 2. rer. quot. cap. fin. part. 1.* §. 12. *limit. 6.*

TERCERO PVNTO.

De la excepcion de paga.

84. EN 15. de Febrero del año passado de *690.* estando siguiendo D. Gaspar de Arroyo el pleyto executivo sobre la cobrança de los 2U800. pesos, otorgò poder à D. Juan de Aduain Navarro su cuñado, para que cobrasse en los Reynos de las Indias de los obligados en la escritura esta cantidad: *Y para que se diesse por pagado, confiesse, no pareciendo presente, las pagas, renuncie las leyes de la pecunia, y demas del caso, otorgue cartas de pago, lastos, y finiquitos, chancelaciones, y otras que convengan, y valgan como si yo las otorgasse, &c. Y con libre, y general administracion.*

85. En virtud del poder otorga Don Juan de Aduain, en S. Felipe de Portovelo, carta de pago à favor de Alfonso Martin del Campo, su fecha en 10. de Abril de *691.* ante Francisco de Palacios Escrivano mayor de la Armada de Galeones, en que confiessa aver recibido 3U050. pesos de plata, los 2U800. de la escritura, y los 250. del vale, los quales chancela, y dà por ningunos, para que no valgan, y consiente, que se anote la chancelacion en el registro, *por quanto me ha pagado, y del dicho Alfonso Martin del Campo he recibido los dichos 3U050. pesos en contado en la dicha*

 moneda,

moneda, de que me doy por pagado á mi voluntad, sobre que renuncio las leyes del recibo, y prueba, como en ellas se contiene.

86. Consta por certificacion de Francisco de Palacios, que para hazer la carta de pago, le entregó Don Juan de Aduain la saca de la escritura de los 2U800. pesos, y el vale de los 250. y el poder, que le otorgò D. Gaspar de Arroyo, en cuya virtud dize, que ordenò la carta de pago, y que la otorgò Aduain, y à el pie de la escritura de obligacion se anotó la carta de pago, y chanselacion, y en presencia del Escrivano, y de el apoderado recibiò Alfonso Martin del Campo la carta de pago, y el vale, y la escritura chancelada.

87. Declara á pedimento de Don Gaspar de Arroyo D. Juan de Aduain Navarro: *Que quando le diò el poder, no le advirtiò, no hiziesse espera, ni transacion, ni otra cosa alguna, sino que obrasse con dicho poder lo que le pareciesse, y le estuviesse bien a el dicho Don Gaspar, y no otra cosa.*

88. Con tan clara prueba opuso Don Francisco Marti la excepcion de paga; pero queriendola perturbar Don Gaspar de Arroyo, replicó, que avia excedido de la facultad del poder Don Juan de Aduain, en aver confessado la paga de los 3U050. pesos, aviendo solo recibido 500. pesos, y asseguradose por el resto con otra escritura; lo qual procurò justificar con declaracion de D. Juan de Aduain, y con vna escritura, que presentò, otorgada en Portovelo en 10. de Abril de 691. en que Alfonso Martin del Campo, estando de partida para el Perù á servir su Govierno, se obliga de pagar à Don Gaspar de Arroyo, y à diferentes vezinos de la Ciudad de Lima en su nombre 3U315. pesos. declarando ser por los mismos, que le prestó para el avio de su viage, por mano de Don Juan de Aduain, y con vna carta misiva, que parece aver escrito Alfonso Martin desde Portovelo à Don Gaspar, en que le dize ha hecho diligencias para satisfacer la escritura, y que ha sido precisso hazer otra, quedando á su cuydado la puntualidad.

89. Sed his non obstantibus, se discurrirà con brevedad, que el poder fue bastante, para lo que obrò en los

Reynos de las Indias Don Juan de Aduain, y que no puede impugnar Don Gaſpar de Arroyo la prueba de la paga.

90. Ataja la mayor parte de la duda, que pudiera ofrecer la confeſſion de recepto de la carta de pago otorgada por Don Juan de Aduain, la extencion de las clauſulas del poder, que no conteniendoſe en que de lo que cobraſſe pudieſſe otorgar cartas de pago el apoderado, ſe eſtiende *à que ſe dè por pagado, y confieſſe el recibo, no pareciendo de preſente la paga, y renuncie las leyes de la pecunia*; en cuya eſpecie es comun, y no dudable la opinion de que la confeſſion de recepto, que haze el Procurador en virtud del mandato, perjudica à el ſeñor, aunque aliunde no ſe pruebe la real numeracion de la paga. Ita D. Greg. Lop. *in l. 61. tit. 18. part. 3. Gloſſ. 3.* explicando las palabras de la ley*: E en ſu nombre ſe otorgó por pagado*, Parlad. *lib. 2. rer. quot. cap. fin. part. 5.* §. 17. *à num.* 13. fundado en la miſma ley de Partida. Ciriac. *controv.* 122. *à num. 9.* Gutierr. *de iuram. confirmat. part. 1. cap. 50. num.* 8. *&* *allegat.* 1. *num.* 29. *&* 30. conducit Noguer. *allegat.* 10. *num.* 141. cum Farinac. *in praxi crimin. part. 3. quæſt. 81. num.* 60. *&* 61. *&* *deciſ.* 317. *num. 6. in poſthumis*, y en mas eſtrechos terminos el ſeñor Sarmiento *lib. 3. Selectar. cap.* 11. *per totum.*

91. Impugnan por menos comun, è improbable eſtos Autores la ſegunda parte de la opinion de Bart. *in l.* 2. §. *Mutui autem. ff. de reb. credit.* donde aviendo aſſentado, que la confeſſion de recepto hecha por el Procurador, q̄ tuvo el mandato *ad mutuum recipiendum*, no perjudica à el mandante, ſi aliende de vera numeratione pecuniæ non conſtat, amplia eſta doctrina deſde el *num.* 5. à el caſo en que el poder fue para cobrar, y confeſſar el recibo, en cuya extenſion ſiguieron contra la comun algunos Autores à Bartolo, que refiere, y ſigue Hermoſilla *in l. 9. tit. 1. part. 5. Gloſſ.* 1. *num.* 24. y con otros Fachin. *lib. 2. controv. cap.* 56. deſde el verſ. *Quod verò attinet.*

92. Pero ninguno adelantó mas los fundamentos de Bartolo, que ſe reducen, à que la clauſula *ad confitendum te*

recepiſſe,

recepisse, *intelligitur secundum pecuniam receptam, vel ad confitendum pecuniam numeratam*; pero no para confessar la paga de lo que no se recibe; porque siempre se entiende dado el poder para el mutuo natural, que es el que consta de la verdadera numeracion, no para el civil, que se induce de la confession de recepto, para lo qual alega los textos *in l.* 1. §. *Si mutuam. ff. si quid in fraud. Patroni. l. Si debitorem meum.* 21. *de novat.*

93. Sed facili negotio dilluuntur argumenta Bartoli; lo primero, porque la razon de su doctrina dista mucho del caso de nuestro poder, y assi es inaplicable; pues en el supuesto, de que todos los actos, y contratos, que puede hazer el señor por si, los puede hazer por su Procurador, *ex l.* 1. *in fin. C. de Procurat.* cum vulgatis, *l.* 1. *tit.* 5. *part.* 3. Fontan. *decis.* 549. *n.* 8. *&* 550. *n.* 1. no es dudable, que puede darse el poder para que confiesse el Procurador la paga, aunque no intervenga realmente el recibo, renunciando la ley de la non numerata pecunia, y que en este caso perjudicarà la confession de recepto, es expressa la *l.* 61. *tit.* 8. *part.* 3. ibi: *E en su nombre se otorgò por pagado; è que todo el precio avia recibido, è passado à su poder; è renunciò, è quitòse de toda la defension, è señaladamente de aquella, que non pudiesse dezir, que el precio non le fuera pagado:* que adiciona el señor Greg. Lop. *en la Gloss.* 3. ibi: *Intellige, vt hic dicitur quando habebat mandatum ad confitendum de recepto, vt in l. Non abstulit, & ibi Bart. de Novat.* De suerte, que quando es el poder para que el Procurador reciba, confiesse la paga, y renuncie la excepcion de la non numerata pecunia, como en nuestro caso, no puede aplicarse la doctrina de Bartolo, porque mal podrà entenderse la clausula, *para que confiesse la paga*, solamente de lo que recibe, quando se contiene en el poder, *que renuncie la excepcion de la pecunia*, que solo puede tener lugar, no haziendose à el apoderado la paga de presente.

94. Et vlterius, porque la especie de Bart. *in dict. l.* 2. §. *Mutui autem. ff. de reb. cred.* y de los pocos modernos, que le siguieron, es en el caso del mutuo, en que la confession

de

de recepto del apoderado ha de producir obligacion en el mandante;pero no quando el poder es para la cobrança, en cuya especie la confession ha de producir solamente la liberacion del deudor, y quanto mas facil, y favorable mira el derecho à esta especie, que à aquella, tanto mas dificilmente puede extenderse la doctrina de Bartolo del caso, en que habla, à la especie, en que la confession de recepto no ha de inducir obligacion, sino liberacion, que es la que no toca:Exornan esta diferencia Alex. Trentacinq. *var.resolut. lib.3. tit. de solut. resolut.* 20. *num.* 29. vers. *Inter confessionem*, & cum plurimis Hermosilla *in l. 9. tit.* 1. *part.* 5. *Gloss.*1. *num.* 12.

95. Pero aun en los terminos en que habla Bartolo, imprueban su opinion los citados à el *num.* 90. con la razon, de que aquella clausula: *Et ad confitendum recepisse, aliquid debet necessario opperari, & sibi imputet dominus, qui tale mandatum dedit*; vt ait Gutierr. *de iuram. confirmat. part.*1. *cap.*50. *num.*8. & fædere huius distinctionis se deben entender las doctrinas del señor Salg. *in Laber. part.*1. *cap.* 27. *num.*65. con Straca, Paul. de Cast. Aret. y otros, que cita, y la de Cevallos *com. contra. com. quæst.* 699. Surd. *decis.* 229. *num.* 28. & si quæ sunt aliæ, que generalmente assientan, no prueba en perjuizio del mandante la confession de recepto del Procurador, porque esto procede, sino contuvo la extension de que pudiesse confessar la paga, *dict.l.*61. *tit.* 18. *part.*3.

96. Y en mucho mas estrechos terminos el señor Sarm. *dict. lib.* 3. *select. cap.* 11. disputa; y resuelve la question: *Vtrum apocha de recepto Procuratoris preiudicet domino*: Y aviendo satisfecho à los fundamentos de la doctrina de Bartolo, sigue absolutamente la opinion contraria, fundando, que aunque el poder no se dè para confessar el recibo, prueba plenamente contra el señor la carta de pago del Procurador, que constituyò para la cobrança, quod probat *ex l. Lucius Titius.* 46. §. *Tutelæ iudicio.ff. de administ. tutor.*donde la carta de pago del tutor, en que confessó el

recibo de la deuda del pupilo plene probat in favorem debitoris, aunque el pupilo tiene su recurso contra el tutor actione tutelæ.

97. Y no obsta la solucion, que quieren dar à el texto los Autores de la opinion contraria, videlicet, quod vltra apocham de vera numeratione constabat, lo qual pretenden inferir de las palabras del texto: *Si tempore administrandæ tutelæ tutori tutelam gerenti debitores solvissent: quia non hoc voluit textus* (como dize el señor Sarmiento vbi suprà *num.* 4. vers. *Minus etiam placet*) *cum supervacuum esset totius textus quæsitum, si ita interpretaremur, nec enim ille textus requirit aliud, quam apocham, vt solutio probetur, vult tamen quod eo tempore facta sit solutio, quæ per apocham probatur, quo tutelam gerebat tutor, non enim si finita tutela apocham solutionis tunc factæ dedisset, actionem pupilli consumeret, & ita solutio non cecernitur ibi ab apocha alioqui vana esset apocha, & quæstio Iurisconsulti, si vltra apocham aliter esset solutio probanda.* Idem probat *ex l. 2.§.fin. C. de quadrien. præscript.* vbi. *apocha à fisci Procuratore facta, fisco præiudicat.*

98. Y se confirma la doctrina del señor Sarmiento con la que trae Paul. de Cast. *en el consejo 64. volum. 1.* donde assienta, que el fiador con sola la confession de recepto, que haze à su favor el acreedor, puede convenir à el deudor con la accion mandati, y dà la razon: *Quia re vera confessio de soluto, non est ficta solutio, sed est probatio veræ solutionis. l. Publia in fin. ff. depositi.* Idem tenet Mascard. *conclus. 361. à num. 9.* & D. Valençuela Velasq. *consejo 21. num. 64. circa finem.* ibi: *Et ita dictus Andreas omnimodo tutus est, cum producat cancellatum rationum calculum, sive quitationem cum apocha solutionis facta per ipsum Mathæum Collado, quod sufficit iuxta l. 2.* & ibi DD. *ff. de pact.*

99. Prueba Don Francisco Marti la verdadera paga con instrumento publico de igual virtud, que el instrumento, en virtud de què se executa iuxta *l. 2. tit. 21. lib. 4.* prueba la chancelacion de la escritura, en que intervino, como fiador, con la carta de pago, en que D. Juan de Aduain

con

con poder bastante la chancelò, y diò por ninguna, para que no valiesse, ni hiziesse fé en juizio, ni fuera de èl; consintiendo se anotasse su chancelacion en el registro, que por no estar en la Ciudad de Portovelo, se anotò en la saca de la escritura, que avia dado Don Gaspar de Arroyo á su apoderado, cuya disposicion induxo chancelacion formal, no de inferior eficacia, que la real, que es la que se percibe con vicio visible del instrumento, vt docte Amat. *part.2. resolut.* 81. *num. 6. & 7.* ibi: *Et licet cancellare sit lineam super instrumento per transversum ducere in modum crucis, non prohibetur tamen huiusmodi cancellatio per actum separatum fieri, cum verbis cancellationem instrumenti opperantibus, quæ idem important, ac si realis cancellatio intervenisset*, & more suo plures por hac opinione refert.

100. Contra tan clara prueba de chancelacion, y de paga se opone la replicacion, de que huvo defecto de potestad en el chancelante por falta de poder, y defecto de la numeracion, y paga para la confession del recibo, con que se dize tiene lugar por replicacion la excepcion de la non numerata pecunia.

101. Sed immærito; porque es regla infalible de los juizios, que aquel que por executivo, ò sumario no admite excepcion, quæ altiorem indaginen postulat, no admita tampoco contra la excepcion clara, replicacion dudosa, docte Giurv. *decis. Regni Siciliæ.69.* ibi: *Ita, & fortius neque actori conceditur replicationes proponere, altiorem requirentes indaginen, quia sicut, se habet exceptio respectu actionis, ita, & replicatio respectu exceptionis*: Y mas en los terminos Amato, porque habla de juizio, executivo en que se replicò contra la chancelacion causada con instrumento separado por defecto de potestad en el chancelante, & inquit *dict.resolut.*81. *n.*14. *Nec eo casu replicando de cancellationis nullitate in summarissimo executivo iudicio cognosci potest, cum ea clara non sit, sed altiorem requirat indaginen*; & infra: *Et non minus altiorem diceretur requirere indaginen, si in facto, quam in iure dubia exceptio, quàm explicatio esset.*

Luego

102. Luego estando,como està probada la chancelacion, y la paga con la clara prueba, que resulta del instrumento, la replicacion del actor, de que no pudo chancelar el apoderado, ni confessar el recibo por no aver recibido el dinero, debia ser clara, y sin tergiversacion nec in iure, nec in facto, para que pudiesse turbar la excepcion.

103. Pero falta lo vno, y lo otro; pues la duda, que puede ofrecerse en el derecho satis constat de las opiniones, que dexamos citadas, y la que contiene el hecho, no parece, que avrá à quien no se le ofrezca, q̃ no puede hazer plena probrança contra el instrumento la declaracion sola de Don Juan de Aduain, que impugnando su mismo hecho, y confession de la carta de pago, dize, que recibió solo quinientos pesos, tratando en esto de su interese proprio, pues quanto menos declarare aver cobrado, tendrà que entregar menos á D. Gaspar de Arroyo; ni menos puede hazer alguna prueba la carta misiva de Alfonso Martin del Campo, que ni està reconocida, ni en ella se declara, que no pagasse á el apoderado esta deuda: ni tampoco la nueva escritura, que se otorgò en Portovelo, pues como enella se relaciona, procede de diferente prestamo, q̃ le hizo D. Juan de Aduain como apoderado de D.Gaspar; conque con tan implicadas, y leves consideraciones,mal puede impugnarse lapueba instrumental de la execepcion, ni entenderse probada la replicacion non numeratæ pecuniæ, que estando renunciada en virtud del poder, ò absolutamente, no puede oponerse en la via executiva, ex latè congestis á Parlad. *lib.2.rer.quotid. cap. fin. part. 5. §. 11. num. 51.* ó si se puede oponer en opinion de otros Autores, ha de ser con clara, y evidente prueba del defecto de numeracion. Hermosilla *in l.1. tit. 9. part.5. Gloss.2. num.5. & Gloss.8. & 9.*

104. Pero se satisface ex abundanti qualquiera escrupulo, que pueda ocasionar la calidad de la prueba con la clausula del poder *con libre, y general administracion*, con la qual no solo pudo el apoderado confessar la paga, sino novar la obligacion, y hazer nueva espera, y nuevo contra-

to,

to, por extenderse esta à todos aquellos actos, que requieren por su naturaleza mandato especial, vt vulgare, & trictum est *ex l. Procurator cum libera, l. Mandato*, vbi Gloss. & Bart. *ff. de Procurat. cap. Qui ad agendum de Procurat. in 6. l. 7. tit. 14. part. 5. l. 4. tit. 11. l. 19. tit. 5. part. 3.* D. Covarr. *lib. 1. var. cap. 6. num.* 3. Flaminio Paricio *de resignat. Beneficiorum. tom. 1. lib. 7. quæst. 24. n. 12.* & alij quam plurimi relati à Pareja *de instrum. edit. tit. 5. resolut.* 10. *à num.* 66. & in terminis quod Procurator cum libera possit terminum solutionis prorrogare Cald. Perey. *de empt. & vendit. cap.* 15. *num.* 5. Gutierr. *de iuram. confirmat. cap.* 50. *num.* 15. & 16. Rodericus Suar. *in l. Post rem iudicatam.* vers. *Quia supra visum est à num.* 21. & Pareja vbi suprà *à num.* 67.

105. Y en los terminos de estar puesta esta clausula general en el poder, que se dá especialmente para cobranças, no dudan ninguno de los Autores, ó de la opinion afirmativa, ò negativa, que llevamos referidos desde el *num.* 90. que la confession de recepto del Procurador haze plena probança contra el mandante, y le perjudica de suerte, que no puede impugnar todo lo obrado en virtud del poder. Gutierr. *dict. cap.* 50. *à num.* 9. Hermosilla cum plurimis *in l. 9. tit. 1. part. 5. Gloss. 1. num.* 29. Marescoto *lib. 2. var. cap. 93. num.* 5. Parlad. *lib. 2. rer. quotid. cap. fin. part. 5.* §. 17.

106. Y aunque algunos constituyen diferencia en el caso de estar puesta esta clausula en lo dispositivo del poder para la cobrança, ò en lo extensivo, y executivo de las clausulas, para que se puedan seguir los pleytos, que en razon de ellos se ofrecieren, refuta esta diferencia Gutierr. *dict. cap.* 50. *num.* 16. fundado en las mismas leyes de partida, ibi: *Quod probatur ex eisdem, vbi tantum requirunt, quod in instrumento mandati apponantur dictæ clausulæ, non verò exigunt, vt in aliqua certa parte ipsius mandati apponantur, itaque inquacumque parte instrumenti mandati apponantur, habebit locum earundem legum dispositio, vt inuunt in illis verbis, si en la carta de la personeria le fuesse otorgado*, &c.

107. Ex quibus hucusque dictis satis constat estar justificadas las tres excepciones legitimas de vsura, novacion, y paga, opuestas por Don Francisco Marti, que tanto parece, deben ser en él mas dignas de atencion, quanto se le inclina mas el favor del derecho, porque como fiador alieno laborat morbo, & cum de damno vitando tractet, mitius tractandum Hering.*de fideius. cap*.20. §.6. *num*.6. *&* *cap*.27.*num*. 2. & cum plurimis Fontanela *decis*. 536. *num*.23. *&* 24. Conque espera la revocacion de la execucion despachada, sujetando sus defensas à superior correcion, y censura. Hispali quarto idus Martij anni. 1692.

Lic. D. Geronimo Joseph de Valle.